Die Verletzung des Berufsgeheimnisses

nach § 300 des Reichsstrafgesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ludwig Hartmann

Gerichtsreferendar

aus Homberg, Bez. Cassel.

ACAD. LIBRARY ERL.

Approbiert am 6. März 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Professor Dr. Allfeld

Meinem Onkel,

Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Hartmann

in Altona.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0040

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

1. Geschichtlicher Überblick 1
2. Enzyklopädische Stellung des § 300 im StGB. 2
3. Zweck des Gesetzes 7

II. Dogmatische Darstellung.

1. Die Subjekte des Delikts 11
2. Das Privatgeheimnis 17
3. Das Anvertrauen kraft Amtes, Standes oder Gewerbes 19
4. Das Offenbaren 22
5. Der Mangel der Befugnis 24
6. Der Antrag 59

III. Schluß: Das Berufsgeheimnis de lege ferenda 64

Literaturverzeichnis.

Alexander, Beitrag zur Revision des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf die Ausübung der Heilkunde. 1905.

Aschaffenburg, Das Berufsgeheimnis. In Hoches Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 1901.

Aschaffenburg, Zur Frage des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 5. Jahrg. 1908 S. 387 bis 390.

Aschaffenburg, Berufsgeheimnis und Psychiatrie. In der Ärztlichen Sachverständigenzeitung 7. Jahrg. 1901 S. 473—477.

Auerbach, Das Zeugnisverweigerungsrecht weiblicher Ärzte in Strafsachen. In der Juristischen Wochenschrift 31. Jahrg. S. 381—383.

Bendix, Die Rechtspflicht des Schweigens (insbesondere mit Rücksicht auf § 300). Im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 52. Jahrg. 1905 S. 1—14.

Bendix, Schreibmaschine, Abschriftenbureaus und die Rechtspflicht des Schweigens. Im Gerichtssaal Bd. 70 1907 S. 421—426.

Bendix, Zur Verschwiegenheitspflicht der Ärzte. In der Zeitschrift für die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 5 1906 S. 372—376.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Bernstein, Ärztliches Berufsgeheimnis und Geschlechtskrankheiten. In der Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 4 1905 S. 29—31.

Bieber, Berufsgeheimnis der Ärzte. In der Juristenwelt Bd. 2 1907 S. 58—59.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

Binding, Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. 1902.

Chotzen-Simonson, Meldepflicht und Verschwiegenheitspflicht des Arztes bei Geschlechtskrankheiten. In der Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 2 1903/04 S. 433—474.

Dalcke, Textausgabe des Strafgesetzbuches. 8. Aufl. 1902.

Dittenberger, Zum § 300 StGB. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 2. Jahrg. 1905 S. 54—58.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. 1908.

Finger in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts Bd. 8 1906.

Flesch, Das Berufsgeheimnis des Arztes. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Flesch, M., Das ärztliche Berufsgeheimnis und die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. In der Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 4 1905 S. 32—51.

Flügge, Das Recht des Arztes. 1903.

Forel, Die sexuelle Frage. 6. u. 7. Aufl. 1907.

Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5.—7. Aufl. 1907.

Friedersdorff, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. Hallenser Diss. Halle 1906.

Fromme, Die rechtliche Stellung des Arztes und seine Pflicht zur Verschwiegenheit im Berufe. In der Berliner Klinik 1902 Heft Nr. 165.

Gans, Das ärztliche Berufsgeheimnis des § 300 RStGB.. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Günther, Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes nach § 300. Rostocker Diss. Rostock 1894.

Hälschner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 2. 1884.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 3. 1874.

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. 1880.

Hansberg, Vorschläge zur Abänderung des Reichsstrafgesetzbuchs bezüglich der Heilkunde. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 3. Jahrg. 1907 S. 694—711.

Hellwig, Die Stellung des Arztes in bürgerlichen Rechtssachen und Zivilrechtliche Bedeutung der Geschlechtskrankheiten. Leipzig 1905.

Henle-Schierlinger, Handausgabe des Strafgesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.

Hesse, Rechtsschutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in Deutschland. Leipzig 1906.

Hippe, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300. Im Archiv für preußisches Strafrecht (Goltdammer) 46. Jahrg. 1898 S. 283—300.

Horn, Das preußische Medizinalwesen. Teil 1. Berlin 1887.

Jäger, Das Berufsgeheimnis der Ärzte und Anwälte. In der Deutschen Juristenzeitung 11. Jahrg. 1906 S. 800—805.

Jellinek, Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und Anwalts. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 3. Jahrg. 1907 S. 656—693.

John, Die Strafprozeßordnung. Bd. 1. 1884.

Jummel, Der § 300 StGB., ein Versuch seiner Auslegung. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Knetsch, Über die Subjekte der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In der Juristenwelt Bd. 1 1907 S. 165—169.

Knetsch, Zur Frage des ärztlichen Berufsgeheimnisses. Daselbst Bd. 2 1907 S. 157/58.

Leo, Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes. In der Deutschen Juristenzeitung 11. Jahrg. 1906 S. 1018/19.

Lesenberg, Zur Frage des Berufsgeheimnisses. In der Ärztlichen Monatsschrift 1898 S. 241—247.

Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. Berlin 1890.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl. 1905.

Litten, Zur Frage des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1. Jahrg. 1904 S. 55—60.

Lohsing, Zur Frage des ärztlichen Berufsgeheimnisses. Im Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik Bd. 15 1904 S. 145—150.

Ludwig, Die Verletzung des Berufsgeheimnisses. Breslauer Diss. Breslau 1904.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.

Mittermaier, Gutachten über § 300. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21 1901 S. 197—258.

Möller, Über die Verschwiegenheitspflicht des Arztes. In der Zeitschrift für die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 5 1906 S. 241—258 u. S. 283—301.

Moll, Die Verantwortlichkeit bei Mitteilungen seitens des Arztes. In der Ärztlichen Rechtskunde. 12 Vorträge. Jena 1907.

Neißer, Die Abänderung des § 300 RStGB. und ärztliches Anzeigerecht in ihrer Bedeutung für die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. In der Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Bd. 4 1905 S. 1—28.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 2. 7. Aufl. 1906.

Oppenhoff-Delius, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 14. Aufl. 1901.

Pallaske, Die Schweigepflicht des Arztes. In der Deutschen Juristenzeitung 11. Jahrg. 1906 S. 293—297.

Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes. 2. Aufl. Leipzig 1898.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903.

Puchelt, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1871.

Rapmund-Dietrich, Ärztliche Rechts- und Gesetzeskunde. 1899.

Rothschild, Steht dem im Ausland approbierten Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht zu? Im Archiv für preußisches Strafrecht 45. Jahrg. 1897 S. 418/19.

Rubo, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1879.

Rüdorff-Stenglein, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. 1892.

Rudeck, Medizin und Recht. 2. Aufl. Berlin 1902.

Sammer, Die Schweigepflicht des Vertrauensarztes und des Hausarztes in der Lebensversicherung. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 2. Jahrg. 1908 S. 401—407.

Sandheim, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. Hallenser Diss. Halle 1904.

Schmidt, Das ärztliche Berufsgeheimnis. Jena 1907.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. 1884.

Serézhe, Die Verletzung fremder Geheimnisse. Karlsruhe 1906.

Simonson, Das Berufsgeheimnis der Ärzte und deren Recht der Zeugnisverweigerung. In der Deutschen Juristenzeitung 9. Jahrg. 1904 S. 1014—1017.
Stenglein, Lexikon des Strafrechtes. Bd. 2. 1900.
Wex, Diskretionspflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes. In der Deutschen Juristenzeitung 10. Jahrg. 1905 S. 309/10.
Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. In den Strafrechtlichen Abhandlungen Heft 86. Breslau 1908.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Sonderabdruck aus dem Bd. 99 des Archivs für die zivilistische Praxis. Tübingen 1906.
Zschock, Der § 300 StGB. Rostocker Diss. Rostock 1903.

Materialien zum preußischen Strafgesetzbuch. 1852.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 7.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (E.) Bd 1, 2, 6, 9, 10, 11, 13, 15, 17, 19, 24, 25, 26, 37, 38.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 30, 35, 38, 53, 54.

I. Einleitung.

1. Geschichtlicher Überblick.

Die historischen Wurzeln unseres heutigen § 300 StGB. gehen nur bis in das 18. Jahrhundert zurück, und zwar wird ursprünglich lediglich das ärztliche Berufsgeheimnis vom Strafrecht berücksichtigt. Das erste in Frage kommende Gesetz ist das preuß. Medizinaledikt v. 27. 9. 1725, welches den „medici" gebot, „die ihnen entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen niemandem zu offenbaren". — Das preuß. allgem. Landrecht des Jahres 1794 bestimmte in Teil II Titel 20 § 505 unter der Rubrik „von dem Verbrechen derer, welche, ohne Offizianten zu sein, dem gemeinen Wesen besonders verpflichtet sind", folgendes: „Ärzte, Wundärzte und Hebammen haben die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, insofern es nicht Verbrechen sind, bei Meidung ... niemanden zu offenbaren". — Hier fallen dem erstgenannten Gesetz gegenüber einige wesentliche Änderungen auf. Zunächst erscheint das Delikt als Amtsverbrechen; an Stelle des unbestimmten Ausdrucks „medici" tritt der Arzt und Wundarzt, neu hinzu kommt die Hebamme; den Gebrechen wird der umfassendere Begriff „Geheimnis" koordiniert. Von Bedeutung ist der Gesichtspunkt, daß den Geheimnissen der strafrechtliche Schutz versagt sein soll, wenn sie ein Verbrechen enthalten. — Die dritte Entwicklungsphase finden wir im preuß. Strafgesetzbuch. Der § 155 desselben, der im System der Ehrverletzungen seinen Platz gefunden hat, erhielt nach eingehender Beratung und verschiedener Änderung in den fünf verschiedenen Entwürfen dieses Gesetzes endlich folgenden Wortlaut: „Medizinalpersonen und deren Gehilfen sowie alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren,

die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, werden ... bestraft". — Die Änderung dem allgem. Landrecht gegenüber ist wieder sehr wesentlich. Die Formel für die Deliktssubjekte ist eine sehr allgemeine, danach sind zuerst auch Personen der Rechtspflege strafbar; den Medizinalpersonen werden ihre Gehilfen gleichgestellt, das Geheimnis wird nur als Privatgeheimnis geschützt, nur im Falle unbefugter Offenbarung tritt Strafe ein. — Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, das sich auf dem preuß. Strafgesetzbuch aufbaut, schützte das Berufsgeheimnis in seinem § 296: „Rechtsanwälte, Advokaten, Wundärzte, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Hebammen, Apotheker sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind ..., bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein". Durch genaue Aufzählung der Personenkategorien wird der Kreis der möglichen Täter auf die Personen der Rechts- und Heilpflege beschränkt. Gleichzeitig wird das Vergehen zum Antragsdelikt und erscheint unter dem Titel „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse". Dieser § 296 ist unverändert als § 300 in unser heutiges Strafgesetzbuch übergegangen.

2. Enzyklopädische Stellung des § 300 im Strafgesetzbuch.

Das Strafrecht kennt eine größere Anzahl von Geheimnisverletzungsdelikten, die sich in den strafrechtlichen Nebengesetzen[1] vorfinden. Unser § 300 erscheint zusammen mit dem Delikt der Briefgeheimnisverletzung des § 299 in dem Abschn. 25 StGB. unter der Überschrift „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse". Diese Stellung des § 300 veranlaßt die sehr erhebliche Frage: Ist durch § 300 eine Materie im Sinne des § 2 EG. z. StGB. geregelt? Im Falle der Bejahung dieser Frage ist die strafrechtliche Behandlung des Berufsgeheimnisses durch die Landesgesetzgebung ausgeschlossen. Was das Strafgesetzbuch unter einer Materie versteht, sagt es nicht. Wir bezeichnen die innerlich zusammengehörigen und äußerlich zu einem Strafrechts-

[1] Im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, im Margarinegesetz, im Weingesetz, in der Gewerbeordnung und in den sozialen Versicherungsgesetzen.

institut verbundenen strafrechtlichen Normen als Materie. Eine solche Materie ist Gegenstand des Strafgesetzbuchs, wenn dieses sie erschöpfend behandeln wollte. Eine solche erschöpfende Behandlung liegt nun vor, wenn einmal alle Verstöße gegen das schutzwürdige Rechtsgut untersagt werden, oder wenn nur einzelne Handlungen verboten werden, alle möglichen anderen aber straflos bleiben sollen. Das Reichsgericht[2] wie die herrschende Meinung in der Literatur nehmen mit Recht an, daß durch § 300 eine Materie nicht geregelt sei. Namentlich das Reichsgericht führt in seiner ersten Entscheidung aus: „Ebenso aber enthält Abschn. 25 nicht die Regelung einer einheitlichen in begrifflichem Zusammenhange stehenden Materie. Durch denselben sollte nicht die Bestrafung aller aus strafbarem Eigennutz entspringenden oder die Verletzung fremder Geheimnisse enthaltenden Handlungen in erschöpfender Weise geregelt werden. Vielmehr sind darin ganz verschiedenartige Strafbestimmungen zusammengefaßt, welche zu keiner der einheitlich und erschöpfend geregelten Materien paßten. Die Überschrift ‚Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse' bezeichnet nur ganz im allgemeinen die Natur der einzelnen in dem Abschnitt mit Strafe bedrohten Vergehen. Es darf aber aus derselben nicht gefolgert werden, daß alle in dem Abschnitt nicht erwähnten Handlungen, welche unter dem Gesichtspunkte des strafbaren Eigennutzes oder der Verletzung fremder Geheimnisse gebracht werden können, nun straflos sind, also auch von der Landesgesetzgebung nicht mit Strafe bedroht werden dürfen". — Gegen diese Entscheidung wendet sich namentlich Wolff,[3] indem er zwar anerkennt, daß in dem einen Teil des Abschn. 25 StGB. hinsichtlich des strafbaren Eigennutzes keine Materie geregelt sei, daß dies aber der Fall sei bei den §§ 299 u. 300, die den Inhalt des anderen Teils: „Verletzung fremder Geheimnisse" bilden. Für seine Ansicht bringt Wolff folgende neuen Gründe: Wenn man auch im allgemeinen aus der Überschrift eines Abschnittes des Strafgesetzbuchs einen sicheren Schluß auf den Inhalt desselben ziehen dürfe, so könne man gerade bei

---

[2] In zwei Urteilen: E. Bd. 10 S. 220, Bd. 15 S. 140.

[3] S. 11/12.

unserem Strafgesetzbuche, dessen Mangel an Systematik bekannt sei, die Überschrift nicht als untrügliches Merkmal dafür ansprechen, daß nun auch sämtliche durch die Überschrift umfaßbaren Delikte in diesem Abschnitt geregelt seien. Wie es aus juristisch-technischen Gründen nicht möglich gewesen sei, eine die Geheimnisverletzungsdelikte regelnde lex generalis aufzustellen, so sei es aus denselben Gründen auch nicht möglich, alle Geheimnisverletzungsdelikte in einem Abschnitt des Strafgesetzbuchs zu regeln. Die Überschrift „Verletzung fremder Geheimnisse" könne also gar nicht alle Delikte der Verletzung fremder Geheimnisse umfassen wollen, sondern nur einen Teil derselben. Es wäre allerdings korrekter gewesen, dem in der Überschrift Rechnung zu tragen. Aber diese offensichtliche Unkorrektheit sei unmöglich als Argument dafür zu verwenden, daß durch § 300 keine Materie geregelt sei, weil ja nicht alle Geheimnisverletzungsdelikte von diesem Abschnitt umfaßt seien. Die §§ 300 u. 299 ständen in einem inneren begrifflichen Zusammenhang, sie richteten sich gegen dasselbe Rechtsgut, jedes sei ein abgeschlossenes Ganzes, jedes sei ersichtlich seinem ganzen Umfange nach erschöpfend geregelt. Auch die Entstehungsgeschichte des § 300 zeige dies. In § 155 preuß. StGB. sei der Kreis der Deliktssubjekte ein ganz allgemeiner, so daß auch die Geistlichen als solche hätten erscheinen können. Der Gesetzgeber des § 300 habe nun ganz offensichtlich dadurch, daß er die möglichen Deliktssubjekte aufgezählt habe, alle anderen Personen, also auch die Geistlichen, für eine etwaige Begehung des Delikts straflos lassen wollen. Hierin liege ein konkludentes Schweigen im obigen Sinne (d. h. der Gesetzgeber bringe dadurch zum Ausdruck, daß gewisse Handlungen prinzipiell strafbar sein sollten, also auch durch die Landesgesetzgebung nicht zu strafen seien, wonach also die Regelung einer Materie anzunehmen sei). — Diese Gründe gehen fehl. In erster Linie spricht dagegen folgende Erwägung: Im besonderen Teil unseres Strafgesetzbuches sind die einzelnen Delikte in 29 Abschnitte eingeordnet. Je ein Abschnitt umfaßt jedesmal entweder die gleichartigen Delikte gegen ein gewisses Rechtsgut (z. B. Beleidigung — Ehre) oder die zwar verschiedenartigen, aber doch innerlich verwandten und gegen das gleiche Rechtsgut gerichteten Verbrechen (z. B. Hochverrat und Landesverrat — Staatssicherheit).

Ganz anders im Abschn. 25 StGB. Hier stehen zwei Gruppen nebeneinander, die durchaus wesensverschiedene Delikte enthalten: die eine schützt materielle, die andere ideale Rechtsgüter. Ein zwingender Grund, die Geheimnisverletzungsdelikte nicht unter einen besonderen Abschnitt zu bringen, lag doch nicht vor. Wenn nun das Strafgesetzbuch gleichwohl so verschiedene Delikte in einem Abschnitt vereinigt, so muß doch ein Anlaß dazu vorliegen, der Gesetzgeber muß doch vernünftigerweise einen beiden Gruppen gemeinsamen Gedanken zugrunde legen. Wenn auch die Mängel des Strafgesetzbuches in systematischer Beziehung nicht zu leugnen sind, so ist doch die Unterstellung einer solchen Systemlosigkeit höchst willkürlich, die es fertig brächte, zwei innerlich ganz verschiedene Gruppen von Delikten, von denen noch dazu die eine eine Materie darstellen soll, die andre nicht, in einem Abschnitt nebeneinanderzustellen. Eine solche Vereinigung zweier an sich verschiedener Elemente läßt sich nur unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, daß beide etwas Gemeinsames haben, daß nämlich in beiden Gruppen die verschiedenartigsten Delikte aneinandergereiht sind, und daß keiner der beiden Teile eine Materie darstellt. Die von Wolff behauptete innere Verwandtschaft der §§ 299 u. 300 besteht nämlich in Wirklichkeit nicht. Beide Paragraphen haben zwar das Merkmal eines auf Geheimnisbewahrung gerichteten Willens gemeinsam, doch hat dasselbe einen rein äußerlichen Charakter, das Willensmotiv ist in beiden Fällen durchaus verschieden. Der Gedankengang Wolffs ist kurz wiederholt dieser: Unter der Überschrift „Verletzung fremder Geheimnisse“ kann und will der Gesetzgeber nicht alle Delikte der Geheimnisverletzung vereinigen; daß er prinzipiell nur die Handlungen gemäß den §§ 299 u. 300 bestraft wissen, sie also auch der Landesgesetzgebung entzogen wissen will, drückt er durch konkludentes Schweigen aus, welches aus der Fassung des § 300 gegenüber dem § 155 preuß. StGB. ersichtlich wird. — Die Entstehungsgeschichte unseres § 300 berechtigt uns nun aber keineswegs zu der genannten Schlußfolgerung. In jenem § 155 waren neben den Medizinalpersonen und ihren Gehilfen alle Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes etwas anvertraut wird, als Deliktssubjekte genannt. Dieser Paragraph war in seiner allgemeinen

Fassung vollständig verfehlt. Tatsächlich war er nur einen kleinen Schritt davon entfernt, schlechthin jedes Privatgeheimnis unter strafrechtlichen Schutz zu stellen. Ein solches Strafgesetz dürfte aber zweifellos seine Aufgabe vollständig verkennen. Diesen Gedanken brachte der Gesetzgeber in § 300 zum Ausdruck, indem er unter Berücksichtigung wirklich schutzwürdiger Interessen den Kreis der möglichen Täter wesentlich enger zog. Strafbar sind jetzt nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 300 gewisse Personen der Rechts- und Heilpflege. Es sind solche Personen, zu deren Inanspruchnahme die Allgemeinheit gewungen ist, wenn sie ihre Rechtsansprüche wahren und ihre Gesundheit schützen will. Solche unter einem gewissen Zwange anvertraute Geheimnisse bedürfen des Rechtsschutzes, und sie will das Gesetz auch schützen. Daß danach die von Wolff besonders aufgeführten Geistlichen, welche nach preußischem Recht Täter sein konnten, jetzt weggelassen sind, hat seinen doppelten Grund. Einmal besteht zu ihrer Inanspruchnahme kein natürlicher Zwang, praktisch kommen übrigens nur die katholischen Geistlichen im Hinblick auf das Beichtgeheimnis in Frage, und ferner erscheint ein strafrechtlicher Schutz hier nicht angebracht, wo eine Gewähr in der Religion selbst liegt, zudem landesrechtliche Bestimmungen Schutz bieten.[4] Der Gesetzgeber wollte also, indem er in § 300 den Kreis der Deliktssubjekte beschränkte und die einzelnen Kategorien genau aufzählte, keineswegs alle anderen Personen prinzipiell ungestraft wissen, sondern er wollte nur solche Personen strafen, welche die ihnen unter einem gewissen Zwang anvertrauten Geheimnisse offenbaren. Indem wir uns so auf den Zweck des Gesetzes stützen, kommen wir zu einer richtigeren Lösung der Frage im Gegensatz zu Wolff, der mit dem Wortlaut des Gesetzes operiert. Zur Zeit der Entstehung unseres Strafgesetzbuches war der strafrechtliche Schutz des § 300 ausreichend. Unterdessen sind mit der wachsenden wirtschaftlichen Entwicklung neue Berufsarten entstanden, deren Trägern auch Geheimnisse anvertraut werden, die des gleichen Schutzes bedürfen, da dasselbe Zwangsmoment vorliegt; erinnert

[4] z. B. in Preußen das hier noch gültige ALR. Teil II Titel 11 § 80, das für den Bruch des Beichtgeheimnisses Dienstentlassung androht.

sei nur an die Patentanwälte und die zahlreichen zur Durchführung der sozialen Versicherungsgesetze angestellten Beamten. Solche Berufe gab es, wie gesagt, nicht, als unser Strafgesetzbuch entstand, sonst hätte man sie wohl mit in den § 300 einbezogen. Einer entsprechenden Regelung durch die Landesgesetzgebung steht, wie wir sahen, nichts entgegen, da wir das Vorliegen einer Materie verneinen müssen.

3. Der Zweck des Gesetzes.

Wenn wir bei Beantwortung der Frage, welchen Zweck der Gesetzgeber in § 300 erreichen wollte, die einschlägige Literatur durchsehen, so finden wir eine Fülle der verschiedensten Meinungen. Wolff teilt sie[5] mit einem gewissen Recht in zwei Hauptrichtungen, unter die sich die sämtlichen Ansichten unterordnen lassen sollen, die soziale und die individualistische. Einige Ansichten seien genannt: Schütze nennt[6] den Verstoß gegen § 300 einen „Eingriff in das innerste Rechtsgebiet der Einzelperson, deren Stellung, Frieden und Sicherheit gefährdend". Finger sagt[7]: „Geschützt wird durch diese Norm das Interesse an der Wahrung des Geheimnisses". Binding meint,[8] der Wille der Geheimnisbewahrung werde geschützt. Seréxhe behauptet,[9] durch § 300 solle dem menschlichen Innen- und Empfindungsleben Schutz gewährt werden. Liebmann, der allerdings nur die ärztliche Schweigepflicht behandelt, führt[10] aus: „Der Kranke soll geheilt werden, weil dies das Interesse der Gesellschaft erfordert; er soll daher auch dem Arzt die Heilung ermöglichen und dadurch erleichtern, daß er ihn in den Stand setzt, auf Grund richtiger Diagnose gegen das Übel vorzugehen. Die Geheimhaltungspflicht ist das Stimulans, mit der die Wissenschaft den Kranken, den sie zum Vertrauen nicht zwingen kann, für ihre Zwecke gewinnt. Dem Bestreben des Kranken, gesund zu werden, das durch die

[5] S. 12.
[6] S. 505.
[7] S. 353.
[8] LB. S. 127.
[9] S. 55.
[10] S. 28/29.

Scheu vor der Mitteilung diskreter Dinge zurückgehalten wird, hilft sie im Interesse der Gesellschaft nach, indem sie diese Scheu für unbegründet erklärt, indem sie verspricht, daß Geheimnisse, sie mögen angehen, wen sie wollen, nicht offenbart werden". Nach Liebmann ist also der Zweck des § 300 die Förderung des öffentlichen Wohls. Diese Ansichten mögen genügen. Die lebhafte Polemik nun, die von den verschiedensten Schriftstellern geführt wird, ist völlig unfruchtbar, weil sie auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht und weil deshalb die bekämpften Resultate vielfach gar nicht in Widerspruch miteinander zu stehen brauchen. Besonders lebhaft wird die letztgenannte Liebmann'sche Ansicht bekämpft, und an dieser Polemik soll ihr Mangel klargelegt werden. Bezeichnend ist hier ein Argument, das zuerst Günther[11] gegen Liebmann verwertet und das von verschiedenen Schriftstellern in zustimmendem Sinne zitiert wird.[12] Dieses besagt: „Die Verschwiegenheitspflicht ist nicht im Interesse der Gesellschaft eingeführt, sondern gerade im Interesse der Gesellschaft in bestimmten Ausnahmefällen suspendiert". Zunächst besteht zwischen diesen beiden gegenübergestellten Ansichten gar kein Gegensatz. Wenn gewisse öffentliche Interessen einen gesetzlichen Schutz fordern, der aber nicht strengstens durchgeführt wird, weil sonst andere gleichfalls öffentliche Interessen verletzt würden, so wird dadurch nicht das Kriterium der öffentlichen Interessen als Zweckgedanke beseitigt; die Einschränkung der Norm verändert doch nicht den Zweck derselben. — Der springende Gesichtspunkt ist aber der, daß fast allgemein das Verhältnis vom Zweck eines Gesetzes zu dem durch das Gesetz geschützten Rechtsgut verkannt wird. Nur dadurch wird folgende mehrfach wiederkehrende falsche Art der Beweisführung veranlaßt: „Jener Ansicht über den Zweck des § 300 ist nicht beizustimmen, das geschützte Rechtsgut ist vielmehr . . ." Nun ist aber der Zweckbegriff oft viel umfassender als der des geschützten Rechtsgutes, er umfaßt diesen zugleich und verfolgt noch andere Gesichtspunkte; so kann der Zweck eines Gesetzes neben dem Schutze eines bestimmten Rechtsgutes noch

---

[11] S. 15.

[12] So z. B. Wolff S. 14; Zschock S. 20; Ludwig S. 16.

wirtschaftliche, politische, wissenschaftliche, kirchenpolitische usf. Nebenzwecke haben. Deshalb können in § 300 allgemeine und individualistische Zwecke sehr gut nebeneinander zum Ausdruck kommen, ohne daß ein Widerspruch zwischen ihnen zu bestehen braucht. Wie die Geschichte eines Gesetzes im allgemeinen für dessen Auslegung viele Anhaltspunkte gibt, so scheint ihre Heranziehung zur Eruierung des gesetzgeberischen Zweckgedankens im § 300 als besonders förderlich wenn nicht allein maßgebend. Es wurde oben schon darauf hingewiesen, daß der § 300 gegenüber dem § 155 preuß. StGB., auf dem er aufgebaut ist, nur solche Verbrechenssubjekte kennt, deren Charakter als Vertrauensperson durch eine gewisse Zwangslage bedingt ist. Lege ich meine Verhältnisse in rechtlicher Hinsicht einem Rechtsanwalt, in gesundheitlicher Beziehung einem Arzt nicht unverhüllt klar, so kann ich in vielen Fällen nicht auf deren wirksame Hilfe rechnen. Mein ursprünglicher Wille, meine Privatgeheimnisse für mich zu behalten, ist hier also vernünftigerweise nicht streng durchführbar. Indem das Gesetz in Abänderung der früheren allgemeinsten Fassung gerade diese Personen nennt, denen gegenüber mein Geheimnisbewahrungswille suspendiert werden muß, will es offenbar diesem Willen den nötigen Schutz gewähren. Ob man statt Willen etwa Interesse sagt, macht dem Sinne nach nichts aus, wie Wolff[13] richtig bemerkt. Das durch § 300 geschützte Rechtsgut ist also der Wille der Geheimnisbewahrung oder, wenn man will, das Interesse an ihr; und dieser in dem Schutz des Rechtsgutes zum Ausdruck gelangte Zweckgedanke ist der primäre. Durch einen solchen Rechtsschutz erreicht der Gesetzgeber aber notwendigerweise zugleich einen weiteren Zweck. Hierdurch sind nämlich die Voraussetzungen für unbedenkliche Inanspruchnahme gewisser Organe der Rechts- und Heilpflege garantiert, und damit erhält das öffentliche Interesse an guten rechtlichen und gesundheitlichen Zuständen der Gesellschaft zugleich eine erhebliche Förderung. Wir sehen also, daß die Gedanken Liebmanns mit denen seiner Gegner eng verknüpft sind. Die Vergleichung der genannten §§ 155 u. 300 zeigt uns einen weiteren, von dem erstgenannten unabhängigen Zweck des

[13] S. 15.

Gesetzes. Nicht alle Personen der Rechts- und Heilpflege sind als Subjekte in § 300 übernommen; es fehlen im wesentlichen die Kurpfuscher und sogen. Rechtskonsulenten. Ihnen gebührt wegen ihre Mangels an Fachausbildung nicht das gleiche Vertrauen wie Ärzten und Anwälten, ihre vollständige Unterdrückung stände mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit in Widerspruch. Indem sie der Gesetzgeber nicht in § 300 aufführt, weist er ratsuchende Klienten und Patienten an Anwalt und Arzt dadurch, daß er ihnen nur dort Schutz gegen Vertrauensbruch garantiert. Der weitere Zweck besteht also darin, die Ausübung der Rechts- und Heilpflege bezw. die Mitwirkung daran durch genügend vorgebildete Personen zu begünstigen. Wir fanden also, indem wir den Zweck des Gesetzes aus dessen geschichtlicher Entwicklung herzuleiten suchten und den Zweckgedanken und das geschützte Rechtsgut in das richtige Verhältnis rückten, daß der Gesetzgeber durch seinen § 300 mehrere Zwecke verfolgte, daß diese vom logischen Gesichtspunkte aus sich nicht widersprechen können, woraus folgt, daß ein Streit darüber, ob sozialer oder individualistischer Zweck als vorliegend anzunehmen sei, müßig ist.

II. Dogmatische Darstellung.

Das im § 300 behandelte Berufsgeheimnis ist in einer größeren Zahl systematischer Darstellungen und in ungezählten Abhandlungen über Spezialfragen in den verschiedensten Zeitschriften bearbeitet worden, woran Juristen und Mediziner etwa gleichen Anteil haben. Ein näheres Eingehen auf die ganze hierher zielende Literatur würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei weitem überschreiten; einer näheren kritischen Betrachtung sollen daher nur die bedeutsamsten, im wesentlichen neue selbständige Gedanken bergenden Schriften unterzogen werden.

1. Die Subjekte des Delikts.

Die nach § 300 strafbaren Personen sind:

I. An der Rechtspflege beteiligte Personen

1. Rechtsanwälte.

Was unter einem solchen zu verstehen ist, sagt die Rechtsanwaltsordnung in §§ 1 ff. Danach ist Voraussetzung die Befähigung zum Richteramt, die gemäß §§ 2, 4 GVG. durch Ablegung zweier juristischer Prüfungen oder durch Erlangung der Eigenschaft als ordentlicher öffentlicher Rechtslehrer an einer deutschen Universität erworben wird, sowie die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft durch die Landesjustizverwaltung. Im § 5 des Gesetzes sind eine Anzahl Mängel genannt, bei deren Vorliegen die Zulassung versagt werden muß. Ist nun irrtümlich die Zulassung trotz eines solchen vorliegenden Mangels erfolgt, so wird § 300 trotzdem Platz greifen.[14] Ein mit Unrecht zugelassener Rechtsanwalt ist jedenfalls, solange die Zulassung nicht zurückgezogen

[14] Ebenso Finger S. 353.

ist, formell — im Sinne des § 300 — Rechtsanwalt. Ihm bringt das Publikum in Unkenntnis dieses Mangels natürlich das gleiche Vertrauen wie dem rechtmäßig zugelassenen Anwalt entgegen, und in beiden Fällen ist das gezeigte Vertrauen gleich schutzwürdig.

2. Advokaten.

Diesen Titel führten vor Einführung der Rechtsanwaltsordnung v. 1. 7. 1878 die Anwälte in einzelnen Bundesstaaten. Nach heutigem Recht gibt es keine Advokaten mehr; ihre Aufführung im § 300 ist damit überflüssig geworden.

3. Notare.

Der Notar ist Beamter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Seine amtlichen Funktionen sind in den einzelnen Bundesstaaten verschieden. Demgemäß ist in Ermanglung reichsrechtlicher Bestimmungen nach den Landesgesetzen festzustellen, was im Einzelfall unter einem Notar zu verstehen ist.

4. Verteidiger in Strafsachen.

Das Tätigwerden dieser Personen braucht nicht ein Ausfluß ihres Berufs zu sein. Als Verteidiger in Strafsachen können die in §§ 138, 139 u. 144 StPO. genannten Personen auftreten. Es sind dies in erster Linie Rechtsanwälte, ferner Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, Referendare (Rechtspraktikanten), die zwei Jahre im Justizdienst tätig waren, mit Genehmigung des Gerichts sogar jede andere Person, also auch Frauen. Diese Personen kommen als gewählte Verteidiger in Betracht; das Gericht kann zum Verteidiger bestellen die am Gerichtssitze wohnenden Rechtsanwälte, Justizbeamte, die nicht als Richter angestellt sind, Rechtskundige, die die erste juristische Prüfung bestanden haben. Ferner gehören hierher die in § 341 MStGO. genannten Personen.

Alle diese Personen werden Verteidiger, sobald sie dazu bestellt bezw. durch das Gericht als solche bestätigt sind; ihre Stellung endet mit der Zurücknahme der Bestellung bezw. mit der Beendigung des Strafprozesses.[15]

II. An der Heilpflege beteiligte Personen.

1. Ärzte.

Unbestritten gehören zu den Ärzten im Sinne des § 300 nur

[15] vgl. Finger S. 354.

solche Medizinalpersonen, die sich mit der Heilung menschlicher Krankheiten befassen; deshalb scheiden die Tierärzte von vornherein aus. Ebenso entfallen dem Zweckgedanken des § 300 entsprechend die Kurpfuscher. Im übrigen ist die Frage streitig, ob ausländische Ärzte sowie Zahnärzte als Täter erscheinen können; hinsichtlich der weiblichen Ärzte ist die Frage nur von einem Schriftsteller aufgeworfen und bejaht.[16]

Abzulehnen sind zwei sehr gebräuchliche Schlüsse, einmal die strikte Bestimmung des Begriffes „Arzt" aus der Gewerbeordnung, dann die Erwägung, daß der Gesetzgeber dadurch, daß er den Wundarzt ausdrücklich neben den Arzt gestellt hat, den Zahnarzt als weiteren Spezialisten ausgeschlossen habe. In der Gewerbeordnung, die uns immerhin einen gewissen Anhaltspunkt geben wird, heißt es im § 29 Abs. 1: „Einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung erteilt wird, bedürfen ... Ärzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Tierärzte)". Hiermit soll doch wohl nur gesagt sein, daß der Begriff hier weiter als gewöhnlich gefaßt wird, daß hier alle die Medizinalpersonen darunter verstanden sind, die einer Approbation bedürfen, eine allgemeingültige Definition des Begriffes Arzt wird damit natürlich nicht gegeben. Dieselbe Fassung findet sich im § 147, 3 GewO. Im allgemeinen Sprachgebrauch steht der Begriff Arzt durchaus fest. Man versteht prinzipiell unter einem Arzt eine solche Person, die nach Absolvierung des medizinischen Studiums (wozu aber weder Zahn- noch Tierheilkunde gehört) das medizinische Staatsexamen bestanden hat. Ob ferner die staatliche Approbation Bestandteil des Arztbegriffes ist, steht nach dem Sprachgebrauch nicht ganz fest, bleibe auch dahingestellt. Die Gewerbeordnung versteht unter „Arzt" schlechthin denjenigen, der nach bestandenem medizinischen Staatsexamen vom Staate approbiert ist. In den Materialien des Strafgesetzbuchs findet sich keine Definition, wir bleiben also auf den Sprachgebrauch angewiesen.

Daß man in den § 300 nicht ohne weiteres den Arztbegriff

---

[16] vgl. Auerbach (S. 381/82), der die Frage allerdings im Hinblick auf § 52 StPO. behandelt; doch gilt das Resultat natürlich auch für § 300 wegen der engen Beziehungen dieser beiden Paragraphen zueinander.

aus der Gewerbeordnung herübernehmen kann, ergibt sich aus den ganz verschiedenen Zielen der beiden Gesetze und aus dem besonderen Zweck des § 300. Der § 29 GewO. bringt nicht den geringsten Hinweis auf § 300 StGB., er will lediglich die Frage regeln, welche Personen einer Approbation bedürfen.[17] Aus den ärztlichen und zahnärztlichen Prüfungsordnungen, die noch dazu aus den Jahren 1901 bezw. 1889 stammen, den Arztbegriff im Sinne des § 300 abzuleiten, wie es Wolff[18] tut, ist ganz verfehlt. Im gewöhnlichen Leben unterscheiden wir sehr wohl den Heilkünstler, Kurpfuscher usw. vom Arzt, bei letzterem machen wir aber keinen Unterschied zwischen männlichem und weiblichem, zwischen ausländischem und inländischem Arzt. Voraussetzung ist natürlich, daß der ausländische Arzt eine der inländischen entsprechende wissenschaftliche Befähigung durch eine Prüfung in seinem Heimatstaat nachgewiesen hat, anderenfalls er unter die Kurpfuscher zu rechnen wäre. Wenn das Gesetz neben dem Arzt zwar den Wundarzt, aber nicht den Zahnarzt nennt, so will es diesen keineswegs ausdrücklich ausschließen. Das Verhältnis von Zahnarzt zu Arzt ist eben ein ganz anderes wie das von Wundarzt zu Arzt. Der Wundarzt ist gar kein Spezialist in dem Sinn wie der Zahnarzt, daß er einen bestimmten Zweig medizinischer Tätigkeit wegen besonderer Kenntnisse auf diesem Gebiet ausübt. Seine Tätigkeit hat zwar auch beschränkten Umfang, aber nicht wegen besonderer Sachkunde auf diesem Gebiet, sondern aus Mangel einer weitergehenden Ausbildung. Deshalb weil er gewissermaßen ein Diminutiv des Arztes darstellt, wurde er neben diesem besonders erwähnt. Soweit der Zahnarzt seine wissenschaftliche Befähigung durch eine staatliche Prüfung nachgewiesen hat, werden wir ihn also hierher rechnen, da sein Ausschluß sich nicht rechtfertigen läßt. Einer extensiven Interpretation des Begriffes Arzt auf Zahnärzte und ausländische Ärzte, wie es verschiedene Schriftsteller verlangen,[19] bedarf es gar nicht; der Begriff ist so weit zu fassen, ähnlich wie die Gewerbeordnung in den

[17] vgl. auch Auerbach S. 382.

[18] S. 28/29.

[19] Bieber S. 59; Friedersdorff S. 18; Hippe S. 287; Ludwig S. 22; vgl. auch John S. 562.

§§ 29 u. 147, 3 das für ihre dortigen Zwecke auch tut, daß wir unter „Ärzte" in Berücksichtigung des Sprachgebrauchs auch weibliche und ausländische Ärzte und mit Rücksicht auf den Zweck des § 300 auch Zahnärzte verstehen.[20] Nicht zuzustimmen ist Olshausen, der[21] annimmt, daß hinsichtlich der inländischen Ärzte nur approbierte Personen sich nach § 300 strafbar machen können, da nur diese nach der Gewerbeordnung als Ärzte gelten. Wir lehnten bereits die fragliche Begriffsbestimmung aus der Gewerbeordnung ab. Das entscheidende Gewicht ist auf die wissenschaftliche Qualifikation zu legen. Die Approbation ist nun davon ganz unabhängig, da sie lediglich den Charakter einer Verwaltungsmaßregel hat.

2. Wundärzte.

Wundärzte sind geprüfte Medizinalpersonen, die keine Vollärzte sind, sondern nur eine begrenzte chirurgische Tätigkeit ausüben. Zur Zeit der Entstehung des Strafgesetzbuches hatten sie noch Bedeutung, heute sind sie fast ganz verschwunden.

3. Hebammen.

Sie bedürfen nach § 30 GewO. zur Ausübung ihres Berufes eines Prüfungszeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde. Sie werden auch, ohne dasselbe zu besitzen, unter § 300 fallen, da man hier nicht den gleichen Maßstab wie bei ungeprüften Ärzten anlegen kann und ihn praktisch auch nicht anlegt, und weil man sie auch deshalb nicht als Kurpfuscher bezeichnen kann.[22] Sie können zwar nach § 147, 1 GewO. wegen unberechtigter Ausübung ihres Berufes bestraft werden, doch genießt ihre Bezeichnung als Hebamme nicht den gleichen Schutz wie der Arzttitel nach § 147, 3 GewO. Männliche Geburtshelfer dagegen kommen im § 300 nicht in Betracht; sie bedürfen auch nach der Gewerbeordnung keiner Approbation. Sie sind in § 300 wohl mit Rücksicht darauf, daß sie im praktischen Leben kaum in Frage kommen, nicht mit aufgeführt.

---

[20] Zustimmend, doch ohne nähere Begründung und ohne die Ärztin zu erwähnen, Finger S. 355; Gans S. 16; Jummel S. 26. A. A. Sandheim S. 40; Jellinek S. 667/68; Wolff S. 28 u. 35.

[21] § 300 IIa.

[22] A. A. Finger S. 355; Olshausen § 300 Nr. 5 IIb.

4. Apotheker.

Hinsichtlich des durch § 29 Abs. 1 GewO. geforderten wissenschaftlichen Befähigungsnachweises wie der staatlichen Approbation, die dort gleichfalls verlangt wird, gilt für die Apotheker dasselbe wie das über die Ärzte Gesagte.

III. Die Gehilfen der genannten Personen.

Gehilfen sind zunächst nicht die Vertreter. Ist der Vertreter eines Arztes ein anderer Arzt, der des Rechtsanwaltes ein Rechtsanwalt, so sind diese Vertreter nicht als solche, sondern in ihrer Berufseigenschaft als Arzt bezw. Rechtsanwalt zum Schweigen verpflichtet. Daraus folgt, daß ein Referendar oder ein Kandidat der Medizin, der einen Anwalt bezw. Arzt vertritt, nicht nach § 300 strafbar sein kann, da er durch die Führung der Geschäfte des Anwaltes bezw. Arztes noch nicht zum Anwalt oder Arzt selbst wird. Von einem Gehilfen kann deshalb nicht die Rede sein, weil der Begriff desselben ein Tätigwerden neben dem Unterstützten voraussetzt. Gehilfen sind ferner nicht diejenigen Personen, von denen zwar gewisse Hilfsleistungen, aber nicht in bezug auf die Berufstätigkeit des Arztes, Anwaltes usw. ausgehen; hierher gehört also z. B. nicht der Diener, der die Patienten in das Wartezimmer führt. Gehilfe ist nur der, welcher die Personen des § 300 durch solche Hilfsleistungen unterstützt, die durch Ausübung der Rechts- oder Heilpflege bedingt werden. Auf die Dauer der gewährten Hilfe kommt es nicht an, auch einmalige Aushilfe begründet die Gehilfeneigenschaft. Auch die Qualität der Hilfeleistung ist nicht maßgebend, es bleibt sich gleich, ob der Gehilfe als Assistent gemeinsam mit dem Arzt die Operation ausführte, oder ob er nur als Diener die Instrumente zureichte. Mit Recht verneint Finger[23] dann die Gehilfeneigenschaft, wenn jemand auf Wunsch des Patienten oder eines Angehörigen desselben von einem Arzt zur Unterstützung bei einer Operation zugezogen wird. Einige Schriftsteller[24] wollen aus den Motiven herauslesen, daß die Personen des § 300 ihren Gehilfen in die ihnen anvertrauten Geheimnisse Einblick gewähren dürften, indem sie behaupten, daß

---

[23] S. 355.

[24] So Ludwig S. 23; Sandheim S. 24; Zschock S. 48.

anderenfalls die Aufnahme der Gehilfen in § 300 nicht notwendig gewesen wäre. Diese Ansicht ist ganz unhaltbar; die Motive besagen das keineswegs, das Gesetz selbst bietet nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, die Annahme würde sogar der ratio legis direkt widersprechen; also die Motive würden, selbst wenn sie den genannten Gedanken enthielten, nicht zu der Annahme berechtigen können. Die fragliche Stelle der Motive[25] lautet: „Die Gehilfen sind infolge ihrer wenngleich nebensächlichen Mitwirkung häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hilfesuchenden Personen eingeweiht wie die Prinzipale selbst, wie anderseits diese selbst nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehilfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hilfesuchenden selbst verlassen müssen". Die Worte enthalten lediglich den gesetzgeberischen Grund für die Aufnahme der Gehilfen in § 300. Diese Aufnahme war aber deshalb notwendig, weil, wie die Motive ja mit Recht betonen, die Prinzipale oft unbedingt auf ihre Hilfe angewiesen sind. Der Arzt darf das Geheimnis seinem Gehilfen ebensowenig offenbaren wie irgendeinem andern nach § 300 möglichen Deliktssubjekt. Soweit in Gegenwart des Gehilfen ein Geheimnis anvertraut wurde, ist es diesem zugleich mit anvertraut, eine Offenbarung durch den Arzt oder Anwalt ist insoweit also nicht mehr möglich; war aber der Gehilfe nicht zugegen, so darf sein Geschäftsherr ihm das Geheimnis prinzipiell nicht mitteilen. In vielen Fällen wird man wohl eine stillschweigende Einwilligung des Anvertrauenden annehmen dürfen, z. B. wenn derselbe weiß, daß der Arzt mit seinem Assistenten alle Fälle zu besprechen pflegt, oder wenn der Arzt die Zuziehung eines zweiten Arztes für nötig erklärt, ohne daß der Patient widerspricht. Solchen Personen gegenüber muß der Arzt vernünftigerweise nur dann schweigen, wenn der Patient einen dahinzielenden Willen äußert.

2. Das Privatgeheimnis.

Privatgeheimnisse sind in der Öffentlichkeit unbekannte private Tatsachen, deren Geheimhaltung dem Interesse des Geheimnisherrn oder seinem ausdrücklich geäußerten Willen entspricht. Es

[25] S. 82.

bestehen also zwei Möglichkeiten. Liegt die Geheimhaltung einer anvertrauten Tatsache im Interesse des Treugebers, so hat sie der Treuempfänger als Privatgeheimnis zu achten. Nicht nur jedes klar zutage liegende Interesse ist hierbei zu berücksichtigen; erscheint ein Interesse schon als nicht ausgeschlossen, so ist ein Privatgeheimnis anzunehmen. Ist dagegen die Tatsache offenbar ohne jegliche Bedeutung, so stellt sie kein Geheimnis dar. Das gilt in den Fällen, wo ein Geheimhaltungswillen des Anvertrauenden nicht geäußert ist. Liegt aber eine solche Willensäußerung vor, so ist jede auch noch so geringfügige anvertraute Tatsache als Geheimnis zu wahren, selbst dann, wenn das Interesse des Geheimnisherrn durch die Bekanntgabe gar nicht geschädigt, ja sogar wenn es dadurch gefördert würde. So dürfte sich ohne Zweifel ein Rechtsanwalt nach § 300 strafbar machen, der gegen den ausdrücklichen Willen seines Klienten ihm anvertraute Tatsachen bekannt machte, die lediglich die Hinfälligkeit irgendeines über den Klienten verbreiteten falschen Gerüchtes erweisen würden. In der Literatur finden sich im wesentlichen zwei Theorien hinsichtlich des Begriffes „Privatgeheimnis". Die eine hält das Interesse für bestimmend.[26] Nach der anderen Ansicht ist der Wille der maßgebende Gesichtspunkt, weil er umfassender wie das Interesse sei.[27] Beide Meinungen treffen den Kernpunkt der Frage nicht; das wird klar, wenn man jede von ihnen streng logisch auf die Fälle anwendet, wo Interesse und Wille auseinandergehen. Wille und Interesse sind gewiß zwei verwandte Begriffe, wir können sie aber für die Definition des Privatgeheimnisses nur in dem obigen Sinne verwerten, indem wir sie beide nebeneinander bestehen lassen. Denn wenn ein Interesse an der Geheimhaltung nicht besteht, ein dahingehender Wille aber geäußert wird, so ist zweifellos die anvertraute Tatsache ein Privatgeheimnis und eine Schweigepflicht wird begründet; liegt um-

---

[26] So das Reichsgericht in zwei Entscheidungen (E. Bd. 13 S. 60 u. E. Bd. 26 S. 5); ferner Olshausen § 300 Nr. 2; Oppenhoff-Delius § 300 Nr. 4; v. Liszt S. 406; Zschock S. 25; Placzek S. 5; Wolff S. 47/48; Frank § 300 Nr. 1; Günther S. 19; Seréxhe S. 59.

[27] So Finger S. 358; Binding, LB. Bd. 1 S. 126; Jummel S. 30; Ludwig S. 25; Flesch S. 14.

gekehrt zwar ein Interesse aber kein Wille vor, so darf der Empfänger der Mitteilung diese zwar offenbaren, aber nicht, weil kein Privatgeheimnis bestände, sondern weil eine Einwilligung in die Offenbarung als vorhanden anzunehmen ist. Ein Privatgeheimnis liegt zweifellos vor; ein solches kann einen objektiven Charakter gewinnen durch das zugrunde liegende Interesse oder einen subjektiven Charakter durch den zugrunde liegenden Willen. Ein objektiv erkennbares Geheimnis kann aber schlechterdings nicht durch ein subjektives Moment seines Geheimnischarakters entkleidet werden. Die Tatsache hört erst dann auf, Geheimnis zu sein, wenn sie der Geheimnisgeber oder der Geheimnisempfänger veröffentlicht haben. Der Geheimnischarakter ist dann allein durch Beseitigung des anderen Merkmals — in der Öffentlichkeit unbekannt — in Wegfall gekommen. Die Ausführungen Wolffs[28] verkennen diese Sachlage völlig, indem sie lediglich mit dem Interesse „als dem den Willen notwendigerweise in sich schließenden Faktor" operieren. Zu beachten ist — worauf Frank[29] hinweist —, daß die Tatsache der Mitteilung schon ein Geheimnis darstellen kann, selbst wenn die mitgeteilte Tatsache öffentlich bekannt ist.

3. Das Anvertrauen kraft Amtes, Standes oder Gewerbes.

Anvertrauen heißt hier soviel wie den Sinnen jemandes zugänglich machen. Damit ist der Begriff viel weiter gefaßt wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch, und das ist erforderlich, soll der § 300 überhaupt praktischen Wert behalten. Anvertrauen bedeutet nach unserem Sprachgebrauch etwa: die Hingabe in das Vertrauen, in die Zuverlässigkeit. Das Anvertrauen steht an sich in engster Verwandtschaft mit dem Begriff Geheimnis, so daß man geradezu von einem Pleonasmus sprechen kann, wenn beide Begriffe nebeneinander erscheinen. Im § 300 ist nun das Wort „anvertrauen" keineswegs überflüssig. Seine weitere Auslegung im obigen Sinn ermöglicht uns erst, eine große Anzahl von Fällen unter § 300 zu subsumieren, in denen man von einem Anvertrauen

[28] S. 47—49.
[29] § 300 Nr. I.

im gewöhnlichen Sinn gar nicht sprechen kann, weil man sich der Bedeutung der Mitteilung nicht bewußt ist oder überhaupt nicht weiß, daß das sachverständige Auge in dem Objekt der Mitteilung zugleich ein neues, dem Mitteilenden noch unbekanntes „Geheimnis" erkennt. Der Patient, der sich vom Arzt operieren läßt, vertraut ihm auch das Vorliegen einer geheimen Krankheit an, die der Arzt während der Operation entdeckt und die dem Patienten vielleicht selbst unbekannt ist. Die Ansicht verschiedener Schriftsteller, die „Anvertrauen" nur in Verbindung mit „Geheimnis" erklären oder gar den ersten Begriff für ganz überflüssig erachten, ist also nicht richtig. Das Anvertrauen ist vielfach das primäre Moment; erst nachdem der Patient seinen Körper dem Auge des Arztes dargeboten hat, kann dieser überhaupt erkennen, ob eine Tatsache vorliegt, die in objektiver Hinsicht ein Geheimnis bilden kann. Unbestritten überdauert die Schweigepflicht auch die Aufgabe des Berufes und den Tod des Anvertrauenden. Das folgt lediglich aus dem Begriff „anvertrauen", dem eine zeitliche Beschränkung nicht innewohnt; Wolff[30] sucht das unrichtigerweise aus dem Worte „kraft Amtes . . ." zu folgern. — Das Geheimnis muß kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sein. Welche der drei Bezeichnungen für den Einzelfall in Frage steht, ist gleichgültig. Der Ausdruck Beruf an ihrer Stelle hätte genügt.[31] Was bedeutet nun das Wort „kraft"? Wolff[32] meint, durch dasselbe werde zum Ausdruck gebracht, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der Ausübung der Berufstätigkeit und dem zur Kenntnis gelangten Privatgeheimnis bestehen müsse. Nach Ludwig[33] kommen alle Tatsachen in Betracht, welche die Vertrauensperson gelegentlich ihrer Berufsausübung erfährt. Nach der letzteren Ansicht läge z. B. auch ein Anvertrauen kraft Amtes vor, wenn ein Notar, der zur Mitwirkung bei Errichtung eines Testamentes in die Wohnung einer kranken Person gerufen wird, dort alle möglichen auf deren Krankheit oder Toilettengeheimnisse

---

[30] S. 52/53.
[31] vgl. Wolff S. 51/52.
[32] S. 52.
[33] S. 31.

bezügliche Gegenstände erblickt oder Zeuge unerquicklicher Familienverhältnisse wird. Nun entspricht es aber offenbar nicht der ratio legis, solche Wahrnehmungen, die mit der Berufsausübung als solcher nicht direkt zusammenhängen, unter gesetzliche Schweigepflicht zu stellen. Die Zwangslage, die das Gesetz berücksichtigen will, liegt hier gar nicht vor. Die bestmögliche Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse war nicht von solchen Wahrnehmungen abhängig. Die Ansicht Ludwigs geht also viel zu weit. Wolffs Meinung ist zunächst insofern zu billigen, als danach § 300 dann außer Anwendung bleibt, wenn der Arzt als Mensch, nicht als Heilkundiger von jemand in das Vertrauen gezogen wird. Im übrigen weicht sie nicht von der Ansicht Ludwigs ab, ein Kausalzusammenhang zwischen der Berufsausübung und dem Erfahren des Geheimnisses besteht auch für die bei Ludwig abgelehnten Wahrnehmungen. Wir sagen vielmehr: Anvertraut ist kraft Amtes usw., was den Sinnen jemandes bei Ausübung seiner Berufstätigkeit mit Bezug auf dieselbe zugänglich gemacht ist. Danach scheiden alle Tatsachen aus, die zufällig bei der Berufsausübung und außerhalb derselben in Erfahrung gebracht sind. Von Bedeutung ist noch die Frage, wer im Einzelfall der Anvertrauende ist; das ist namentlich wichtig für die Berechtigung zur Stellung des Strafantrages. Die Frage ist einfach zu beantworten in dem Regelfall, wo der Vertrauensperson nur ein Handelnder gegenübertritt. Zweifel entstehen, sobald zwei Personen auftreten, von denen die eine Geheimnissubjekt ist, während die andere die Vertrauensperson heranzieht. Ich finde einen Bewußtlosen und rufe einen Arzt herbei; der Kranke plaudert allerlei im Fieberdelirium aus. Man hat in diesen Fällen den Kranken für den Anvertrauenden erklärt.[34] Diese Ansicht ist unhaltbar. Die Person ist in diesem Zustand handlungsunfähig, eine rechtliche Bedeutung kann ihren Äußerungen überhaupt nicht zukommen; auch ein stillschweigendes Anvertrauen ist deshalb ausgeschlossen. Anvertrauender ist in solchen Fällen vielmehr der, welcher den Arzt herbeiholte. Er vertraut demselben den Kranken mit seinen das Geheimnis darstellenden offensichtlichen oder versteckten gesundheitlichen Mängeln an.

[34] So Fleisch S. 19; Ludwig S. 28; Fromme S. 13.

4. Das Offenbaren.

Offenbaren heißt soviel wie offen machen. Mit Absicht sagt das Gesetz nicht veröffentlichen. Denn darunter versteht man im Strafrecht allgemein das Zugänglichmachen einer Tatsache an einen unbeschränkten Personenkreis. Offenbaren dagegen bedeutet einmal im Hinblick auf den hier einzig möglichen Unterschied von dem Begriff veröffentlichen das Kundgeben an eine beschränkte Personenzahl; daher genügt schon eine Person als geringste Zahl. Aber nicht jede solche Kundgabe ist ein Offenbaren, dieses liegt begrifflich nur vor, wenn ich der Person, der ich mitteile, auch etwas „offen" mache, also ihr etwas bis dahin Unbekanntes erzähle. Die Form der Kundgabe ist gleichgültig, mündliche, schriftliche Mitteilung, das Gewähren von Einsicht in Schriftstücke oder durch konkludente Handlungen stehen sich gleich. Eine bekannte Tatsache kann man also nicht mehr offenbaren, dagegen bleibt die Bestätigung eines bloßen Gerüchtes stets eine Offenbarung.[35] Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß man einer besonderen Vertrauensperson offenbaren dürfe, ist höchst bedenklich; dadurch kann die Wirkung des § 300 fast illusorisch werden. Schon nach obiger Begriffsbestimmung ist diese Ansicht nicht haltbar. Soweit durch die einmalige Offenbarung des Geheimnisses dieses noch nicht in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist, ist eine mehrfache Begehung des Deliktes an sich möglich. Eine andere Frage ist es natürlich, ob die mehrfachen strafbaren Handlungen eine juristische Verbrechenseinheit oder Verbrechensmehrheit darstellen, die nach den hierfür geltenden Grundsätzen zu entscheiden ist.

In diesem Zusammenhang ist auch die Schuldfrage zu behandeln. Die herrschende Meinung nimmt an, daß das Delikt nur vorsätzlich begangen werden könne.[36] Die Genannten halten auch eine fahrlässige Begehung für möglich und strafbar. Das Gesetz selbst äußert sich nicht. Aus diesem Schweigen des Ge-

[35] vgl. RGE. Bd. 26 S. 5.

[36] A. A. sind Jellinek S. 691; v. Schwarze § 300 Nr. 4; Ludwig S. 49; Schütze S. 505; Aschaffenburg S. 474; Seréxhe S. 73; v. Holtzendorff, Rechtslexikon S. 164.

setzes folgt aber nun weder, daß nur der dolus, noch daß auch die culpa in § 300 bestraft werde. Man kann auf der einen Seite sagen, daß das Strafgesetzbuch in den Fällen, wo es die Fahrlässigkeit strafen will, dies auch im Tatbestand durch Aufnahme dieses Merkmals zum Ausdruck bringt; weil dies nun im § 300 fehlt, so wäre hiernach nur die dolose Begehung strafbar. Anderseits kann man aber auch sagen, daß das Gesetz dort, wo es nur vorsätzliches Handeln strafen will, dies meist auch im Tatbestand durch die Worte „vorsätzlich", „absichtlich", „wissentlich", „arglistig" usw. anzeigt. Danach wäre in den Fällen, wo das Gesetz über die Schuldform schweigt, sowohl vorsätzliche wie fahrlässige Begehung strafbar. Beide Ansichten lassen sich aus dem Gesetz folgern, sie ergeben aber ein sich widersprechendes Resultat. Ein Streit auf dieser Basis ist zwecklos; die Schriftsteller also, die ihre Ansicht auf diese Argumente gründen, kommen nicht zum Ziel. Richtigerweise ist in den Fällen, wo das Gesetz sich im Tatbestand des Delikts über die Schuld nicht äußert, aus dem Schweigen zu folgern, daß das Gesetz sich nicht auf eine prinzipielle Entscheidung festlegen, daß es also die Möglichkeit einer fahrlässigen Begehung keineswegs ausschließen will; in diesen Fällen wird die Schuldform eben durch die Natur des Delikts oder durch die Fassung eines Tatbestandsmerkmals abgegrenzt. In § 300 liegt nun das Kriterium in dem Wort „offenbaren"; deshalb ist auch die Schuldfrage an dieser Stelle zu erörtern. Wir sagten bereits, daß in dem Wort „offenbaren" zunächst der Begriff „offen machen" steckt. Das, was es noch über diesen Begriff hinaus enthält, kommt für unsere Untersuchung nicht in Betracht; es bezieht sich nur auf den Umfang des Personenkreises, dem das Geheimnis bekannt wird. Der Inhalt dieses Begriffes „offen machen" ist aber keineswegs durch ein lediglich vorsätzliches Handeln bedingt. Auch durch eine Fahrlässigkeit kann ein anderer ein Geheimnis erfahren, schon durch sie kann dieses für ihn „offen gemacht" werden. Der Arzt, der also z. B. fahrlässigerweise einen Krankenbericht unverschlossen liegen läßt, ist nach § 300 strafbar, falls ein Unberufener Einblick in denselben nimmt. Seine Bestrafung entspricht auch durchaus einem gesunden Rechtsgefühl.

5. Der Mangel der Befugnis.

Auf der folgenden Erörterung liegt entsprechend dem Umstand, daß das Wort „unbefugt" das praktisch bedeutsamste und umstrittenste Tatbestandsmerkmal im § 300 bildet, der Schwerpunkt der Untersuchung. Die Frage, wann eine Handlung unbefugt sei, soll unter spezieller kritischer Betrachtung der einschlägigen bedeutsamen Arbeiten von Wolff, Jellinek, Bendix und Graf zu Dohna entschieden werden.

Den Ausdruck „unbefugt" finden wir in einer größeren Anzahl Paragraphen des Strafgesetzbuches. Schon die rein äußerliche Betrachtung und Vergleichung zeigt uns eine Verwandtschaft mit dem Tatbestandsmerkmal „rechtswidrig", das in vielen Delikten die entsprechende Stellung einnimmt. Die meisten Schriftsteller erörtern das gegenseitige Verhältnis der Begriffe „unbefugt" und „rechtswidrig". Wir können in der Tat nur dann eine Antwort auf die Frage nach dem Wesen des Begriffes „unbefugt" geben, wenn wir diesen Begriff an dem ihm nahe verwandten Begriff der Rechtswidrigkeit messen; während dieser eins der wichtigsten strafrechtlichen Probleme darstellt, spielt der Begriff „unbefugt" im Strafrecht keine nennenswerte Rolle. Unbestritten ist „unbefugt" nicht enger auszulegen wie „rechtswidrig"; entweder werden die beiden Ausdrücke gleichgesetzt oder „unbefugt" wird weiter wie „rechtswidrig" gefaßt. Eine einzige Ausnahme bildet Jellinek,[37] der sich für eine engere Fassung des Wortes „unbefugt" entscheidet; nach ihm bedeutet es soviel als „ohne vom Berechtigten erhaltene Erlaubnis". Durch seine hiermit zusammenhängende Theorie vom unsittlichen Vertrage kommt er allerdings praktisch zu einer weitherzigen Auslegung des § 300. Seine Ergebnisse wären brauchbar, doch sprechen erhebliche Bedenken gegen die Begründung seiner Lehre. Seine Auffassung vom Begriff „unbefugt" ist also nur scheinbar eng, erst wenn man sie in Verbindung mit seiner Lehre vom unsittlichen Vertrag prüft, erscheint sie unter dem richtigen Gesichtswinkel. Jellineks Theorie wird uns noch beschäftigen. — Im

[37] S. 671.

Grunde genommen ist der Streit um die Bedeutung des Wortes „unbefugt" ein Streit um den Begriff der Rechtswidrigkeit; das gilt auch für die Schriftsteller, welche behaupten, „unbefugt" besage mehr wie „rechtswidrig". Denn während man auf dieser Seite in dem Vorliegen entgegenstehender sittlicher Pflichten oder höherer Interessen eine Befugnis zum Offenbaren erblickt,[38] finden sich andere, die solche höheren Interessen oder verwandte Begriffe schon zur Definition der Rechtswidrigkeit heranziehen.[39] Die Streitfrage hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Begriffe würde sich erledigen, sobald über das Wesen der Rechtswidrigkeit Einstimmigkeit der Anschauungen herrschte. Nur weil die eine Richtung die Grenzen der Rechswidrigkeit wesentlich enger zieht wie die andere, will sie „unbefugt" für weitergehend als „rechtswidrig" halten. Wolff, der zwar eine Gleichsetzung der beiden Momente de lege ferenda ablehnt,[40] solange keine die Kontroversen schlichtende Definition des Begriffes „rechtswidrig" im Gesetz gegeben ist, erkennt[41] in eingehender Untersuchung an, daß „unbefugt" und „rechtswidrig" den gleichen Sinn haben. Später[42] präzisiert er dann den Unterschied der beiden Hauptansichten in der Literatur über das Wort „unbefugt" dahin, daß auf der einen Seite die Pflichtenkollision berücksichtigt werde, auf der andern aber nicht, daß hier vielmehr nur dann eine Offenbarung als nicht „unbefugt" angesehen werde, wenn der Berechtigte sie gestatte, oder wenn entgegenstehende Rechtspflichten sie gebieten. Diese Unterscheidung trifft den Stand der beiden Hauptansichten über den Begriff der Rechtswidrigkeit. Wir gehen von dem Gesichtspunkt aus, daß wie die Schweigepflicht eine Rechtspflicht ist, die Befugnis zum Bruch derselben sich auch stets auf ein Recht gründen muß, daß also das Vorliegen einer höheren sittlichen Pflicht, einer Berufspflicht, eines wissenschaftlichen Inter-

---

[38] So das Reichsgericht E. Bd. 38 S. 62; Jummel S. 51; Friedersdorff S. 31; Jäger S. 803; Hagen S. 4; Fromme S. 27; dagegen mit Recht Finger S. 364; Landsberg S. 150; Pallaske S. 294.

[39] z. B. v. Liszt S. 153; Graf zu Dohna S. 54ff.

[40] S. 61/62.

[41] S. 60.

[42] S. 67.

esses usw. an sich nie zum Offenbaren ermächtigen kann. Wenn wir nun die Frage, wann eine Offenbarung „unbefugt" ist, dadurch lösen, daß wir untersuchen, wann sie „rechtswidrig ist", so steht dieser Identifizierung von „unbefugt" mit „rechtswidrig" kein Grund entgegen, den der Gesetzgeber etwa hatte, als er den Ausdruck „unbefugt" wählte. Der Einwand, er hätte ja statt dessen einfach „rechtswidrig" setzen können, wenn er beiden Worten den gleichen Sinn hätte beilegen wollen, verfängt nicht. Wir müssen eben auch hier wieder auf die geschichtliche Entwicklung des § 300 blicken. Der Gesetzgeber hat denselben dem preuß. Strafgesetzbuch entlehnt; dort erscheint schon der Ausdruck „unbefugterweise", der als „unbefugt" in das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund übernommen wird. Wir haben gar keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „rechtswidrig", falls dieser etwa im preuß. Strafgesetzbuch gestanden hätte, nicht gewählt, sondern das Wort „unbefugt" als einen von jenem Begriff verschiedenen Ausdruck bevorzugt haben würde. Die Materialien nehmen bezeichnenderweise keine Stellung zu dieser Frage, sie bringen nur an einer Stelle einen Hinweis auf das Merkmal „unbefugterweise". Dort[43] heißt es, daß dadurch nicht allein die Fälle vorgesehen würden, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Offenbarung eintrete, sondern auch die, wo die Genehmigung zur Offenbarung von seiten des Anvertrauenden hinzutrete. Diese Fälle werden aber durch unseren Begriff „rechtswidrig" bezw. dessen Negation völlig gedeckt; man kann also daraus schließen, daß das preuß. Strafgesetzbuch schon unter „unbefugt" nichts anderes als „rechtswidrig" verstanden hat. Wir dürfen mit Recht annehmen, daß das Wort „unbefugt" in § 300 lediglich deshalb übernommen wurde, weil es in § 155 preuß. StGB. stand, daß eine andere Absicht bei der Wahl des Ausdrucks also nicht vorlag, und daß dem Merkmal „unbefugt", wie es schon dort soviel wie „rechtswidrig" bedeutete, in unserem § 300 ohne weiteres der Sinn von „rechtswidrig" beizulegen ist.[44] Wenn

[43] S. 328.

[44] Für diese Gleichsetzung v. Liszt S. 407; Olshausen § 300 Nr. 9; Binding, LB. S. 128; Simonson S. 464; Lohsing S. 148; Zschock S. 38.

wir nun des näheren fragen, was denn eigentlich wie allgemein, so auch im § 300 unter „rechtswidrig“ zu verstehen ist, so kommen wir erst dann zu einer richtigen Beantwortung, wenn wir die Negation des Begriffes, also den Ausschluß der Rechtswidrigkeit feststellen. Wir sagen also zunächst: „nicht rechtswidrig“ ist gleich rechtsgemäß, oder was dasselbe ist: „nicht unbefugt“ ist gleich befugt. Das erscheint als eine selbstverständliche Wahrheit, und doch erheben gegen diese Gleichsetzung zwei Schriftsteller Einspruch.[45] Um die Richtigkeit derselben gegen diese Angriffe zu erweisen, müssen wir einen Augenblick in das Gebiet der Logik übergreifen. In der Lehre von den Arten der Begriffe unterscheidet man bei solchen Begriffen, die demselben nächsthöheren Gattungsbegriff untergeordnet sind und danach im Verhältnis der Koordination stehen, den kontradiktorischen vom konträren Gegensatz, insofern diese koordinierten Begriffe sich ausschließen, also in einem Gegensatz zueinander stehen. Ein kontradiktorischer Gegensatz besteht, wenn lediglich zwei Begriffe den Umfang des übergeordneten Begriffes ausfüllen, so daß der eine geradezu die Verneinung des anderen darstellt (z. B. Bewegung und Ruhe); dagegen liegt ein konträrer Gegensatz vor, wenn die Zahl der koordinierten Begriffe mehr als zwei beträgt, so daß diese sich zwar auch gegenseitig ausschließen, aber so, daß wenn einer der Begriffe entfällt, nicht notwendig ein bestimmter anderer vorliegen muß (z. B. Sommer und Winter unter den vier Jahreszeiten). Danach unterliegt es keinem Zweifel, daß Recht und Unrecht, befugt und unbefugt kontradiktorische Gegensätze sind. Dohna bestreitet dies, indem er[46] sagt: „Nun sind Recht und Unrecht keine kontradiktorischen Gegensätze. Wir sind gewohnt, nicht alles, was der Idee des Rechts nicht entsprechend ist, als Unrecht zu bezeichnen, sondern den Umfang des Unrechts als durch das technisch geformte Recht abgegrenzt zu erachten. Nur was die Rechtsordnung selber als Angriff auf ihre Interessensphäre ansieht und kennzeichnet, erklären auch wir als dem Recht zuwider, als Unrecht, als rechtswidrig“. — Bendix ferner behauptet zunächst,[47] indem er das Verhältnis von § 300

[45] Bendix S. 9 und Graf zu Dohna S. 54.
[46] S. 54.
[47] S. 7.

zu § 139 StGB. erörtert, man könne sagen, daß ebensogut wie der nach § 300 zum Schweigen Verpflichtete gemäß § 139 offenbaren müsse, der nach § 139 zum Offenbaren Verpflichtete es als Subjekt des § 300 nicht tun dürfe. — Ganz unbestritten ist es nun in der Literatur, daß die Offenbarung in Erfüllung der im § 139 statuierten Anzeigepflicht nicht „unbefugt" ist. Bendix sucht seine Behauptungen[48] folgendermaßen zu beweisen: Dieser Auffassung kann man nicht entgegenhalten, was sie fordere, sei gesetzestechnisch durch Aufnahme von „unbefugt" in § 300 und durch Fehlen dieses Wortes in § 139 schon durchgeführt. Die Einwendung übersieht die Doppelbedeutung des Wortes „unbefugt", und daß jede von ihnen in objektiver und subjektiver Hinsicht zu beachten ist. Nach ihr soll jede Befugnis die Offenbarung als eine nicht unbefugte erscheinen lassen, nach der hier vertretenen Ansicht soll das Vorliegen irgendeiner Nichtbefugnis die Offenbarung zu einer unbefugten machen. Letzteres hat die Fassung des Gesetzes für sich. Träfe die entgegengesetzte herrschende Meinung zu, so müßte es im Gesetz im günstigsten Falle statt „unbefugt" etwa heißen „in Ermanglung irgendeiner Befugnis" oder „in Ermanglung einer gesetzlich oder persönlich erteilten Ermächtigung". Wird dann eine Ermächtigung oder Befugnis festgestellt, so ermangelt es ihrer nicht. § 300 läge dann nicht vor. Bei der jetzigen Fassung des § 300 befreit nicht der Nachweis einer Befugnis, sondern allein der Nachweis, daß alle Befugnisse vorliegen. Denn der Nachweis des Fehlens einer Befugnis enthält die Feststellung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt". Logisch ist eben das Verhältnis des Wortes „unbefugt" und „befugt" nicht ein solches, daß man von „unbefugt" nicht sprechen kann, wenn eine „Befugnis" vorliegt, etwa wie man von „grün" nicht reden könnte, wenn „rot" feststände, sondern derart, daß „unbefugt" dann allein nicht gegeben ist, wenn die Negation aller in Frage kommenden Nichtbefugnisse, das sind alle möglichen Befugnisse, bewiesen ist, etwa wie man die Aussage „nicht grün" mit Bestimmtheit erst dann verneinen kann, wenn man alle Farben durchgegangen und dann zu der Feststellung gelangt ist, daß alle

[48] S. 9.

anderen Farben, das ist das ganze große Gebiet des „nicht grün", vorliegen oder doch die allein in Betracht kommenden Farben aus dem Gebiet des „nicht grün", unter ihnen vielleicht auch rot, gegeben sind. Mit anderen Worten: Es handelt sich bei den Ausdrücken „unbefugt" und „befugt" nicht, wie die herrschende Ansicht annimmt, um einen konträren, sondern um einen kontradiktorischen Gegensatz. Die Negation der Negation (nicht unbefugt = befugt) wird nur bewiesen, wenn alle die Negation negierenden Faktoren festgestellt werden. Nur so allein wird die Negation aufgehoben. Nur dann kann man also von einer nicht unbefugten Offenbarung reden, wenn alle in Frage kommenden Befugnisse nachgewiesen werden. — In Anwendung dieser Konstruktion kommt Bendix dann zu dem Resultat, daß in der Tat der Gehorsam gegen die Pflicht des § 139 eine Verletzung des § 300 in sich schließe, und daß umgekehrt die Erfüllung der Rechtspflicht des Schweigens eine Verletzung der Anzeigepflicht des § 139 enthalte. Wären die Ausführungen von Bendix richtig, so käme mancher Angeklagte in eine geradezu verzweiflungsvolle Lage; was für „unbefugt" und „befugt" gelten soll, müßte doch konsequenterweise auch für „rechtswidrig" und „nicht rechtswidrig", „öffentlich" und „nicht öffentlich" usw. und für alle die Merkmale gelten, deren Gegensatz durch Verbindung des Merkmals mit einer negierenden Vorsatzsilbe gebildet wird. Die Zahl der Fälle dürfte aber verschwindend klein sein, wo beim Verstoß gegen ein solches Strafgesetz, in dem ein derartiges Tatbestandsmerkmal auftritt, der Angeklagte das Vorliegen sämtlicher möglichen Befugnisse, Nichtrechtswidrigkeiten usw. nachweisen könnte. Aus dieser Erwägung allein müßte schon folgen, daß dem Gesetzgeber vernünftigerweise ein solcher Gedanke ferngelegen hat, andernfalls wäre die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals „rechtswidrig" oder „unbefugt" usw. in den Tatbestand gewisser Delikte praktisch geradezu wertlos. Nun stecken aber schon in der theoretischen Auseinandersetzung von Bendix einige Fehler, die sein ganzes Gebäude zusammenstürzen lassen. Bendix behauptet nämlich, daß der Gegensatz von „befugt" und „unbefugt" kontradiktorisch sei, und darin hat er recht; er sieht aber scheinbar nicht, daß er in Wirklichkeit das Vorliegen eines konträren Gegensatzes zu beweisen

sucht. Wir erwähnten bereits, daß man von einem kontradiktorischen Gegensatz bei zwei koordinierten Begriffen spricht, die den Umfang des nächsten übergeordneten Begriffes allein ausmachen; danach schließt das Setzen des einen Begriffs den andern notwendig aus. Bilden also, wie Bendix mit Recht meint, „unbefugt" und „befugt" einen kontradiktorischen Gegensatz, so ist eine Handlung nicht unbefugt, wenn schon eine Befugnis gegeben war. Bendix dagegen stellt die Gleichung auf: Die Nicht-Unbefugnis ist gleich der Summe aller Befugnisse. Hiernach machen also mehr wie zwei Merkmale den Umfang des höheren Begriffs aus, da die Summe aller Befugnisse für sich eine Mehrheit von Begriffen darstellt, also läge danach ein konträrer Gegensatz vor. — Nun müssen wir allerdings die allgemein gefaßte Behauptung, daß „unbefugt" und „befugt" stets einen kontradiktorischen Gegensatz darstellen, dahin einschränken, daß wir sagen: Die beiden Worte können an sich sowohl einen konträren wie kontradiktorischen Gegensatz bilden, je nachdem sie als Glieder einer größeren Begriffsreihe oder als die zwei einen höheren Begriff allein ausfüllenden Begriffe auftreten. In rechtlicher Beziehung besteht aber lediglich der letztere, der kontradiktorische Gegensatz. Diese Möglichkeit eines doppelten Gegensatzes berücksichtigt Bendix nicht, und dies ist der zweite Hauptfehler seiner logischen Untersuchung. In der Sprache unseres Strafrechts füllen die Begriffe „befugt" und „unbefugt" notwendigerweise den Umfang des höheren Begriffs völlig aus. Eine Handlung ist entweder rechtswidrig oder sie ist rechtsgemäß; eine strafrechtlich indifferente Handlung gibt es nicht. Dagegen kann man keineswegs vom nichtjuristischen (philosophischen oder ethischen) Gesichtspunkt aus sagen, daß alles, was dem technischen Recht zuwiderläuft, auch Unrecht sei. Eine solche Behauptung wäre nur dann zutreffend, wenn unser technisches Recht notwendig stets auch „richtiges Recht" im Sinne Stammlers wäre. Dieser Sinn liegt wohl auch den Ausführungen Dohnas zugrunde. Seine Behauptung, Recht und Unrecht seien keine kontradiktorischen Gegensätze, ist also lediglich ungenau, weil unvollständig. Genau genommen muß der Satz so heißen: Im nichtjuristischen Sinn sind die Begriffe „unbefugt" und „befugt" (Recht und Unrecht usw.) weder kontra-

diktorische noch konträre Gegensätze schlechthin; jeder der beiden Gegensätze kann vorliegen, je nachdem die Reihe der koordinierten Begriffe die zwei Begriffe („unbefugt" und „befugt") allein oder daneben noch andere Begriffe enthält; im juristischen Sinn dagegen bilden „befugt" und „unbefugt" schlechthin einen kontradiktorischen Gegensatz. „Befugt" ist stets gleich „nicht unbefugt" in dem Sinne, daß eine Befugnis das Vorliegen von „unbefugt" ausschließt. Damit wäre die Vorfrage für die Begriffsbestimmung des Momentes „unbefugt" erledigt. Der obige Satz „Nicht unbefugt ist befugt" behält also seine Richtigkeit, und wir stellen demgemäß dann eine Verletzung des Berufsgeheimnisses fest, wenn wir die Fälle einer Befugnis zur Offenbarung namhaft machen; durch Negierung des festgestellten negativen Merkmals kommt man zum positiven Merkmal. Indem wir die einzelnen Fälle der Befugnis (des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit) festzustellen für nötig erachten, um den Begriff „unbefugt" („rechtswidrig") zu erhalten, lehnen wir prinzipiell die Lehre Dohnas ab, der in der Rechtswidrigkeit ein allgemeingültiges Merkmal des Verbrechenstatbestandes sieht und für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit eine allgemeine Formel aufstellt. Eine solche wäre nur aus dem Begriff selbst abzuleiten: Die Rechtswidrigkeit ist überall ausgeschlossen, wo die Handlung durch einen Rechtssatz gebilligt wird. Doch ist damit die Frage gefördert? Dohnas Lehre wird uns noch beschäftigen.

1. Wir wenden uns nun zunächst der Einwilligung zu, dem ersten Fall einer vorliegenden Offenbarungsbefugnis. Daß die Einwilligung eine Befugnis zur Offenbarung verleiht, wird von jeder Richtung anerkannt, allerdings entweder ohne jede oder mit unzureichender Begründung. Es liegt in der Tat kein Grund vor, ein solches Geheimnis noch zu schützen, dessen Träger einen Geheimhaltungswillen nicht besitzt; der Zweck des § 300 steht nicht entgegen. Die Einwilligung kann lediglich der erteilen, dessen Verletzung bei entgegenstehendem Willen in Frage käme, der also zum Strafantrage berechtigt wäre. Sind das mehrere Personen, so müssen sie selbstverständlich sämtlich mit der Offenbarung einverstanden sein. Die rechtliche Natur der Einwilligung im Strafrecht ist keineswegs klargestellt. Vielfach findet sich die

Ansicht, daß die Einwilligung des Verletzten prinzipiell nicht rechtswidrig sei, ein Satz, dessen Richtigkeit auch durch die in §§ 142 u. 216 StGB. statuierten Ausnahmen von der Regel bewiesen würde. Im Gegensatz dazu steht die Ansicht des Reichsgerichts,[49] das grade aus § 216 folgert, daß in anderen Fällen die Einwilligung bedeutungslos sei. Eine wesentliche Förderung ist der Lehre durch Zitelmanns Werk „Ausschluß der Widerrechtlichkeit" geworden. Die Frage, ob die Einwilligung im Strafrecht prinzipiell die Rechtswidrigkeit ausschließe, ist vom Strafrecht selbst nicht entschieden, die Ansichten in der Literatur gehen demgemäß auseinander. Einen leitenden Gesichtspunkt bietet uns erst das Zivilrecht. Zitelmann beweist zunächst, daß die Einwilligung ein Rechtsgeschäft ist,[50]) dann zeigt er, daß ihr hinsichtlich des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit im Straf- wie Zivilrecht die gleiche Wirkung zukomme. So heißt es dort[51]: „Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit ist nicht der unmittelbare Inhalt der Einwilligung, sondern ist die Folge davon, daß durch die Einwilligung der Einwilligungsempfänger ein Recht, die Handlung vorzunehmen, erhalten hat. Daraus folgt aber sofort der bedeutsame Satz: Die Einwilligung bewirkt den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in gleichem Maße wie für das Privatrecht auch für das Strafrecht, da eine rechtmäßige Rechtsausübung nicht zugleich rechtswidrig sein kann . . . Da wir aber auch für das Strafrecht die Bedeutung der Einwilligung aus irgendeinem allgemeineren positivrechtlichen Satze ableiten müssen, so muß, solange kein anderer stützender Satz als der über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte nachgewiesen wird, dabei geblieben werden, daß die Einwilligung im Strafrecht nur in demselben Maß rechtswidrigkeitausschließend wirkt wie im Privatrecht". Die Ausführungen Zitelmanns wirken überzeugend; hiernach scheint auch die bestrittene Frage, ob man die Einwilligung im Strafrecht auf zivilrechtlicher Grundlage aufbauen dürfe, im bejahenden Sinne geklärt zu sein. Aus der Behandlung der Einwilligung

---

[49] E. Bd. 2 S. 443.
[50] S. 51—53.
[51] S. 56/57.

als Rechtsgeschäft folgt nun, daß alle für die Rechtsgeschäfte maßgebenden zivilrechtlichen Grundsätze für ihre Gültigkeit in Frage kommen, daß also auch bei Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes die Einwilligung unwirksam ist. Der die Rechtswidrigkeit ausschließende Charakter des durch die Einwilligung gewährten Rechtes geht überall da verloren, wo die Einwilligung verboten ist (z. B. § 216 StGB.) oder gegen die guten Sitten verstößt, oder wo das Rechtsgeschäft wegen eines anderen Mangels ungültig ist[52] Aus der zivilrechtlichen Natur der Einwilligung folgt ferner, daß diese unter Umständen zurücknehmbar ist; so wäre eine Anfechtung schon nach § 119 BGB. möglich, es könnte außerdem eine bedingungslose Einwilligung in gewissen Fällen leicht gegen die guten Sitten verstoßen. Eine weitere Folge ist, daß ein Minderjähriger ohne Erlaubnis seines gesetzlichen Vertreters keine wirksame Einwilligung erteilen kann. Die Befugnis zur Offenbarung auf Grund erteilter Einwilligung hält man in der Literatur meist für „selbstverständlich". Eine wirkliche Begründung der Behauptung, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließe, ist erst in Anlehnung an Zitelmanns Lehre möglich: Die Einwilligung ist ein Rechtsgeschäft, der Empfänger derselben offenbart auf Grund eines durch dieses Rechtsgeschäft gewährten Rechtes und kann deshalb nicht rechtswidrig handeln.

2. Über ein zweites Moment herrscht gleichfalls nahezu Einstimmigkeit. Die Offenbarung ist befugt, wenn sie durch eine Rechtspflicht geboten ist. Eine solche Rechtspflicht kann durch Reichs- und Landesrecht statuiert werden. Den ersten Fall bietet uns das Strafgesetzbuch selbst in seinem § 139: „Wer von dem Vorhaben eines Hochverrates, Landesverrates, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist ... zu bestrafen". Trotzdem § 300 im Verhältnis zu § 139 als

[52] vgl. Zitelmann S. 61—73.

lex specialis anzusehen ist, insofern § 139 für jedermann, § 300 aber nur für gewisse Personenklassen gilt, und als solche prinzipiell den Vorrang vor der lex generalis haben müßte, wird doch § 300 durch ein Handeln gemäß § 139 ausgeschlossen, und zwar weil § 300, nicht aber § 139 das Tatbestandsmerkmal „unbefugt" enthält. Denn dadurch kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß zwar das Offenbaren eines Geheimnisses, nicht aber die Unterlassung der Anzeige eines der genannten drohenden Verbrechen erlaubt sein kann. Das Vorliegen eines Tatbestandes gemäß dem § 139 kann also eine Befugnis zur Offenbarung ergeben.[53] Die genannte Befugnis ergibt sich selbstverständlich nur durch die strengste Auslegung des § 139. Handelt es sich um andere als die dort genannten Delikte oder ist das Verbrechen schon ausgeführt, so liegt nie eine Befugnis vor. Andere Rechtspflichten, die eine solche Befugnis ergeben, finden sich in §§ 17, 18, 68 des Personenstandsgesetzes v. 6. 2. 1875, wonach der Arzt und die Hebamme zur Anzeige der Geburt eines Kindes gegenüber dem Standesamt subsidiär verpflichtet sind; ferner im Militärstrafgesetzbuch §§ 60, 77, 104, im Sprengstoffgesetz v. 9. 6. 1884, im Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. 7. 1893, im Impfgesetz v. 8. 4. 1874, im Reichsseuchengesetz v. 30. 6. 1900, im Reichserbschaftssteuergesetz v. 3. 6. 1906, im Reichsstempelgesetz v. 1. 7. 1881 und im Wechselstempelsteuergesetz v. 10. 6. 1869; dazu kommt eine Reihe landesrechtlicher Bestimmungen.[54] In allen diesen Fällen ist eine Anzeigepflicht vorgesehen; soweit also eine Kollision mit § 300 eintritt, wird die Offenbarung befugt, weil sie sich ebenso wie beim Vorliegen des § 139 auf ein in der Anzeigepflicht zugleich enthaltenes Anzeigerecht stützt.

3. Der Befugnis kraft einer Rechtspflicht wird in der Literatur oft die Befugnis kraft einer Rechtsgestattung an die Seite gestellt. Hierher wird dann die Offenbarung im Prozesse in Verfolgung eigener Interessen und auf Grund des § 52 StPO. und § 383 ZPO. gerechnet. Was die erste Frage betrifft, so ist hier vor-

---

[53] A. A. lediglich Bendix (S. 9), dessen Ansicht oben bereits zurückgewiesen wurde.

[54] Näheres bei Wolff S. 81—91.

nehmlich der Fall berücksichtigt, wo eine der Personen des § 300 gelegentlich der Einklagung einer Forderung durch den die Höhe derselben bestreitenden Prozeßgegner zur Spezifizierung seiner Forderung genötigt wird. Hier liegt zweifellos keine Rechtswidrigkeit vor, falls durch die Spezifizierung zugleich ein Privatgeheimnis des Gegners notwendig preisgegeben wird. Hat z. B. ein Arzt einen Patienten an einer langwierigen Krankheit behandelt und weigert dieser die Zahlung, indem er die Angemessenheit des nicht vereinbarten Honorars bestreitet, so kann man dem Arzt keineswegs zumuten, auf die Geltendmachung seines Rechtes zu verzichten oder seinen begründeten Anspruch zu ermäßigen, falls er durch nähere Angaben ein Geheimnis des Gegners preisgeben müßte. Die Befugnis folgt hier aus dem Klagerecht des Arztes, das durch den Bruch des zwischen ihm und dem Patienten bestehenden zivilistischen Vertrages seitens des letzteren entsteht und durch keine entgegenstehende Norm beschränkt wird. Andernfalls wäre der Arzt, Anwalt usw. in manchen Fällen faktisch geradezu rechtlos.

Sehr bestritten ist nun der zweite Fall, wo es sich um eine Zeugenaussage im Prozesse handelt. Diese Spezialfrage ist in der Literatur so häufig und eingehend behandelt, daß sich darüber nichts Neues mehr sagen läßt, ein näheres Eingehen darauf also überflüssig erscheint. Die überwiegende und richtige Meinung geht dahin, daß eine unbefugte Offenbarung nicht vorliegt, falls eine der Personen des § 300 im Prozesse von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht, weil die Zeugnisverweigerung durch das Prozeßrecht nicht zur Pflicht, sondern zum Recht gestempelt ist. Das Ablegen des Zeugnisses ist vom Gesetzgeber in das pflichtgemäße Ermessen des Zeugen gestellt; will dieser aussagen, so soll ihn § 300 daran nicht hindern. Der Gesetzgeber konnte das schon deshalb tun, weil praktisch hauptsächlich die Aussage des Arztes und Anwaltes in Frage kommt; deren Pflichtgefühl konnte mit Rücksicht auf ihren Bildungsgrad die Entscheidung über die Zeugnisablegung also überlassen werden. Beizupflichten ist in dieser Frage der Ansicht Wolffs[55]: „Hier,

[55] S. 79.

wo sich an sich gleichwertige Interessen gegenüberstehen, ist es nicht angängig, durch eine gesetzliche Maßnahme das eine Interesse auf Kosten des anderen zu begünstigen. Es ist im Gegenteil freudig zu begrüßen, daß das Gesetz selbst die Richtung angegeben hat, in welcher sich die Lösung jenes Konfliktes zu bewegen hat, indem es dem Zeugnisverweigerungsberechtigten ermöglicht, dem jeweils überwiegenden Interesse den Vorzug zu geben, dadurch, daß er von seinem Rechte, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch machen darf, wenn er es seinem pflichtgemäßen Ermessen nach für angebracht hält".[56]

4. Notwehr und Notstand werden als allgemeine, die Rechtswidrigkeit ausschließende Gründe in der Literatur entweder, weil selbstverständlich, gar nicht besonders aufgeführt, oder aber werden sie als für die Auslegung des § 300 sehr wesentliche Faktoren herangezogen. Namentlich Finger und Landsberg suchen durch eine „von Engherzigkeit freie Auslegung"[57] der Bestimmungen über Notwehr und Notstand den Konflikt zwischen Schweigepflicht und Offenbarungspflicht in vielen Fällen zu lösen. Finger meint[58]: „Es dürfte keine zu kühne Auslegung des Gesetzes sein, wenn man unter Umständen einen ‚gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff' auf fremde Gesundheit in einem von einem Kranken eingeschlagenen, vom Arzt mißbilligten Verhalten erblickt. Wenn die syphilitische Amme trotz Verbotes des Arztes fortfährt, ihr anvertraute Kinder zu nähren, dann liegt ein Notwehr begründender Angriff vor". Für diesen genannten Fall soll das Vorliegen von Notwehr zugegeben werden; der Arzt, in dessen Behandlung die Amme war, könnte die Eltern des Kindes über die Krankheit straflos aufklären. Doch dürfte die Heranziehung der

---

[56] Mit dem Text Binding, HB. S. 773; Fromme S. 20; Finger S. 366; Frank § 300 Nr. IIIc; Gans S. 27; Hälschner S. 217; Jummel S. 46; Meyer-Allfeld S. 521; Olshausen § 300 Nr. 9; Oppenhoff-Delius S. 799; Placzek S. 10; Seréxhe S. 84; Zschock S. 46; das Reichsgericht E. Bd. 19 S. 364; dagegen Flesch S. 34; Landsberg S. 148; Liebmann S. 7; Ludwig S. 40; Sandheim S. 29; Schmidt S. 23; Simonson S. 464.

[57] So Finger S. 368.

[58] S. 368 Anm. 1.

Notwehr in all den anderen vielen Fällen, wo der Patient dem Arzt zu folgen nicht willens ist und dadurch die Gesundheit anderer Personen gefährdet, nur selten gerechtfertigt erscheinen, weil der vom Patienten drohende rechtswidrige Angriff im Augenblick der Offenbarung meist noch nicht gegenwärtig ist, sondern erst für die Zukunft droht. Eine Auslegung des Notwehrbegriffes darf aber nie so weitherzig sein, daß man einen gegenwärtigen Angriff als vorliegend annehmen dürfte, wenn sein Eintritt in der Zukunft zwar als sicher gilt, zur Zeit des Eingreifens aber noch nicht unmittelbar bevorsteht. Der Arzt dürfte stets erst unmittelbar vor der Ansteckung des gesunden Verlobten durch den kranken dem ersteren Aufklärung geben, und dazu ist er faktisch eben nicht imstande. Die Notwehr versagt also gerade in jenen Fällen, wo wir vernünftigerweise dem Arzt am nötigsten eine rechtliche Befugnis zum Offenbaren zuerkennen müssen. Landsberg hat sicher recht, wenn er[59] Notwehr annimmt, falls sich ein Klient über seinen Arzt unberechtigt in ehrenrühriger Weise äußert, sei es in bezug auf die Behandlung oder die Honorarforderung, und diese Äußerung immer weiterzuverbreiten im Begriff ist. Im übrigen will er wie Finger mit der Notwehr die wesentlichsten Konflikte lösen. Das von ihm[60] angeführte Beispiel zeigt aber, daß er ebenso wie Finger einem zwar sicher bevorstehenden, aber erst zukünftigen Angriff durch Notwehr begegnen will und ebenso wie dieser auf Abwege kommt. Er führt folgendes Beispiel an: Der schwer erblich belastete A, dessen schwere Erkrankung schon im Anfangsstadium ist, will trotz ärztlichen Widerratens heiraten; es soll keine ansteckende Krankheit sein, weil sonst ja schon eine Körperverletzung in Frage käme, sondern nur eine Krankheit, die das eheliche Leben zu einem dauernden Elend gestaltet. Dann wäre es argliſtiges Verschweigen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn A, vom Arzt aufmerksam gemacht, dem anderen Teil vor der Eheschließung nichts mitteile. Die Ehe sei also anfechtbar, zugleich läge eine strafbare Handlung des A beim Eheschluß nach § 170 vor; zur Abwehr gegen diesen unmittelbar bevorstehenden

---

[59] S. 149.
[60] S. 150.

rechtswidrigen Angriff auf die Braut müsse dem Arzt ein Offenbarungsrecht kraft Notwehr zugesprochen werden. Hier gilt dasselbe wie das zu Finger oben Gesagte. Notwehr wäre richtigerweise nur gegeben, wenn der Arzt unmittelbar vor der Eheschließung die Braut aufklärte. Der Arzt müßte also erst den genauen Zeitpunkt der Eheschließung in Erfahrung bringen, was ihm in vielen Fällen schon nicht möglich sein wird. Vorher ist ja auch stets noch eine Sinnesänderuug des Kranken möglich, die Eheschließung kann noch hinausgeschoben werden, der Angriff ist jedenfalls noch nicht gegenwärtig im Sinne des § 53 StGB. Im allgemeinen dürften die mit Hilfe der Notwehr gewonnenen Resultate keineswegs befriedigend sein. Was von der Notwehr gilt, trifft auch für den Notstand zu; wegen der Beschränkung auf den Täter und seine Angehörigen in § 54 ist mit dem Notstand noch weniger als wie mit der Notwehr zu erreichen.

5. Bis jetzt lautet unser Ergebnis folgendermaßen: Eine Befugnis zum Offenbaren ist gegeben bei vorliegender Einwilligung, Anzeigepflicht, Berechtigung kraft Zeugnis- und Klagerechtes, Notwehr und Notstand. Ist die Frage damit erschöpft? Einige Schriftsteller bejahen die Frage, wovon ein Teil wegen übertriebener Einschätzung des Berufsgeheimnisses mit dem Ergebnis zufrieden ist, während der andere Teil weitere Ausschlußgründe de lege ferenda fordert; andere verneinen die Frage. Wie steht es nun mit der Beurteilung des immer wiederkehrenden, allerdings typischen Schulbeispiels, nach dem der kranke Bräutigam trotz dringenden Abratens des Arztes von der Heirat nicht abstehen will und dadurch aller Voraussicht nach seiner Braut eine schwere Infektion zuziehen wird? Muß hier der Arzt bei Strafe schweigen? Unser Rechtsgefühl sträubt sich entschieden dagegen; wir folgen ihm und werden auf dem richtigen Wege bleiben. Damit ist also für uns die gestellte Frage noch nicht erschöpft. Es sind im wesentlichen drei Schriftsteller, die von derselben Voraussetzung ausgehend eine nähere Begründung für eine weitergehende Offenbarungsbefugnis liefern: Graf zu Dohna, Wolff und Jellinek. Die beiden ersten Autoren kommen mit Hilfe ihrer umfassenden Formel für die Rechtswidrigkeit, der letztere durch einen besonders konstruierten zivilrechtlichen Vertrag zum Ziel. Wir müssen uns

also zunächst mit ihnen auseinandersetzen. Dohna bringt eine neue Theorie über den Begriff der Rechtswidrigkeit, die er dann auch auf die unbefugte Geheimnisverletzung anwendet. Nachdem er zu beweisen versucht hat, daß der Begriff der Rechtswidrigkeit sich nicht aus dem Gesetz erklären lasse, kommt er nach eingehender Untersuchung[61] zu folgender Formulierung: „Ein rechtswidriges Verhalten im Sinne unserer Reichsgesetzgebung ist in erster Linie ein unrichtiges Verhalten, d. h. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zum rechten Zweck", und weiter: „Rechtswidrig im Sinne unseres Reichsstrafrechtes ist ein Verhalten, welches die spezifischen Tatumstände eines gesetzlich bestimmten Delikts aufweist und in dieser Lage unrichtig ist". In Anwendung seiner Lehre auf die Geheimnisverletzung sagt dann Dohna weiter[62]: „Strafbar ist die Geheimnisverletzung, sobald sie ein pflichtwidriges Verhalten bedeutet", und[63]: „Die Grenze also, bis zu welcher die Rechtsordnung die Offenbarung fremder Geheimnisse verbietet, ist da zu suchen, wo solches Verbot eine willkürliche und ungerechtfertigte Bevorzugung der bedingten Interessen des einen zuungunsten überwiegender Interessen eines anderen bedeuten würde. Und es ist deshalb bei der Auslegung des Gesetzes in der Weise vorzugehen, daß die widerstrebenden Ziele und Wünsche beider Parteien und die dabei kollidierenden Pflichten eines Dritten zu einem objektiv gebotenen Ausgleich gebracht werden". — Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, eine ausführliche Abhandlung über den Begriff der Rechtswidrigkeit zu bringen, insbesondere würde die Stellungnahme zu der umfangreichen Literatur hier viel zu weit führen, doch erscheint eine kürzere Stellungnahme zu dem Problem im besonderen Hinblick auf Dohnas Lehre, die Gegner wie Anhänger gefunden hat, erforderlich.

Unser objektives Recht und speziell das Strafrecht gibt uns keine Definition des Begriffes „rechtswidrig"; deshalb braucht man noch nicht wie Dohna auf eine Abgrenzung des Begriffes auf Grund des Gesetzes zu verzichten. Eine Handlung ist „rechts-

[61] S. 54.
[62] S. 112.
[63] S. 115/16.

widrig", wenn sie gegen das Recht, gegen eine Rechtsnorm verstößt. „Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung ist gleich Verbotenheit", sagt Zitelmann.[64] Und da jeder Verbrechenstatbestand eine Norm enthält, so ist die Rechtswidrigkeit ein Verhalten, das den gesetzlichen Tatbestand eines Delikts erfüllt.[65] So handelt z. B. derjenige „rechtswidrig", der einen zugeschobenen Eid wissentlich falsch schwört, weil die Norm des § 153 lautet: Du sollst einen zugeschobenen Eid der Wahrheit gemäß schwören. Soweit bestehen keine Bedenken. Nun tritt aber in einer größeren Zahl von Delikten des Strafgesetzbuches das Wort „rechtswidrig" als Tatbestandsmerkmal auf. Als Beispiel wählen wir die Sachbeschädigung nach § 303. Der Gesetzgeber will durch Aufnahme des Begriffes „rechtswidrig" in den Tatbestand des Delikts sagen, daß nicht schlechthin jede Beschädigung einer Sache strafbar sein soll, daß Sachbeschädigung im Sinne des Strafrechtes nicht identisch ist mit Sachbeschädigung im Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Eine strafrechtliche Sachbeschädigung soll erst vorliegen, wenn eine Sachbeschädigung im allgemeinen Sinne gegeben ist, die zugleich eines sie stützenden Rechtssatzes entbehrt. Wir sahen bereits, daß „Recht" und „Unrecht", „rechtsgemäß" und „rechtswidrig" im juristischen Sinn kontradiktorische Gegensätze sind. Eine Handlung also, die durch irgendeine Rechtsnorm gerechtfertigt wird, ist nie „rechtswidrig". Aus dem Umstand nun, daß der Gesetzgeber den Begriff „rechtswidrig" in den Tatbestand nur einiger Delikte aufnimmt, folgt logischerweise, daß dieser Begriff in allen andern Delikten bei der Feststellung des Tatbestandes nicht in Frage kommt, daß bei diesen letzteren Delikten ein Vorliegen der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal nicht existieren soll. Dies und nicht mehr geht aus dem Gesetz selbst in Hinsicht auf die Frage der Rechtswidrigkeit hervor, und es genügt auch im allgemeinen. Dohna erkennt zunächst an, daß die Rechtswidrigkeit in der Erfüllung eines Deliktstatbestandes bestehe. Dann will er die Probe auf das Exempel machen und will[66] das gesetzliche Merkmal suchen, das die Frei-

[64] S. 6.
[65] vgl. Dohna S. 18.
[66] S. 19.

heitsberaubung aus einer „rechtmäßigen“ zu einer „rechtswidrigen“ macht. „Der Strafvollstreckungsbeamte, welcher einen Delinquenten eingesperrt hält, erfüllt den gesetzlichen Tatbestand des angeführten § 239 bis auf das Merkmal der Widerrechtlichkeit. Und so klingt uns auf unsere Frage wie ein gellender Hohn die Antwort entgegen: Die Freiheitsberaubung ist rechtswidrig, wenn sie rechtswidrig ist.“ — So soll es dann nach Dohna in gleicher Weise mit anderen Delikten stehen, „man kommt prinzipiell aus dem ewigen Zirkel nicht heraus: Die Rechtsgüterverletzung ist rechtswidrig, wenn sie den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, und sie erfüllt ihn, wenn sie rechtswidrig ist“. Dies ist der Ausgangspunkt für Dohnas Lehre; und wenn wir diese ablehnen, müssen wir hier bereits Bresche schlagen. Seine Frage lautete: Welches Merkmal macht die Freiheitsberaubung aus einer rechtmäßigen zu einer rechtswidrigen? Hier steckt bereits ein Fehler, die Fragestellung ist schief. Im juristischen Sinne kann es nie eine rechtmäßige Freiheitsberaubung geben, ein rechtmäßiges Verbrechen ist eben eine contradictio in adiecto, ebenso wie auf der anderen Seite eine rechtswidrige Freiheitsberaubung ein Pleonasmus ist. Die Freiheitsberaubung des Strafgesetzbuches, d. h. die unberechtigte vorsätzliche Einsperrung, ist nie rechtmäßig, sie ist notwendig stets „rechtswidrig“. Richtigerweise mußte die Frage so lauten: Welches Merkmal macht aus dem vorsätzlichen Einsperren eine Freiheitsberaubung? Entsprechend der verkehrten Fragestellung ist auch die Antwort Dohnas falsch: „Die Freiheitsberaubung ist rechtswidrig, wenn sie rechtswidrig ist“; die richtige Antwort heißt: Die vorsätzliche Einsperrung ist eine Freiheitsberaubung, wenn sie widerrechtlich erfolgt. Wie es mit diesem Delikt beschaffen ist, so steht es nach Dohnas richtiger Ansicht auch mit anderen Delikten. Die gleiche Fragestellung bei diesen andern Delikten würde in den gleichen Fehler verfallen; der „ewige Zirkel“ besteht in Wirklichkeit nicht. Die Rechtsgüterverletzung, oder sagen wir einfach die Handlung, ist zwar „rechtswidrig“, wenn sie den Tatbestand eines Strafgesetzes, z. B. des § 239 erfüllt, wenn also die Merkmale vorsätzlich, Einsperren eines Menschen, „widerrechtlich“ gegeben sind, aber sie erfüllt (wie Dohna meint) den Tatbestand nicht, wenn sie „rechtswidrig“ ist,

d. h. das einzige Merkmal „widerrechtlich“ aufweist. Hier wird es schon deutlich, daß das Wort „rechtswidrig“ einen doppelten Sinn hat, und es ist einleuchtend, daß im Streit um den Begriff die Verwechslung der beiden Bedeutungen eine Rolle spielen kann. Die erste Bedeutung wurde zu Anfang der Frage schon erwähnt: Die Erfüllung eines gesetzlichen Verbrechenstatbestandes ist als Übertretung der in dem Tatbestand enthaltenen Norm „rechtswidrig“. Hier besteht also die allgemeine Gleichung: Gesetzesübertretung = Rechtswidrigkeit. Das Wort in dieser Bedeutung ist nun nicht berufen, eine Rolle in der Rechtswissenschaft zu spielen; wir könnten es ganz ausschalten und an seine Stelle das Wort Gesetzesübertretung setzen; es ist naturgemäß jedem Delikt eigen. Die andere Bedeutung zeigt unser Begriff da, wo „rechtswidrig“ ausdrücklich genanntes Tatbestandsmerkmal eines Delikts ist. Dort heißt es: ohne eine durch eine Rechtsnorm gewährte Erlaubnis. Es gibt eine Anzahl von Handlungen, die den Tatbestand eines Deliktes erfüllen und somit strafbar sein würden, enthielte derselbe nicht das Moment „rechtswidrig, während wir sie vernünftigerweise für erlaubt halten müssen. Es liegt in der Eigenart der verschiedenen strafrechtlich bedeutsamen Handlungen begründet, daß ein Teil schlechthin als Delikt zu behandeln ist, also durch keinen entgegenstehenden Rechtssatz gebilligt werden kann, während dem anderen Teil nur dann Deliktseigenschaft zukommt, wenn ein an sich möglicher, die Handlung rechtfertigender Rechtssatz fehlt. In der ersten Gruppe kann der Begriff „rechtswidrig“ als Tatbestandsmerkmal also nicht auftreten, in der zweiten ist das möglich, und dieser Umstand ist vom Gesetz auch — allerdings nicht ganz konsequent — berücksichtigt. Wir stellen also fest: Der Begriff „rechtswidrig“ kommt für uns nur in seiner zweiten Bedeutung als Tatbestandsmerkmal in Frage, und er ist nur dort Tatbestandsmerkmal, wo er als solches ausdrücklich genannt ist. — In welchem Verhältnis stehen nun Notwehr, Notstand und Nötigung des § 52 zum Begriffe „rechtswidrig“? Wir halten eine doppelte Annahme für möglich. Eine Handlung, die alle Merkmale des Totschlages aufweist, ist „rechtswidrig“ im obengenannten ersten Sinn; ist sie nun in Notwehr begangen, so schließt diese die Rechtswidrigkeit in diesem Sinn

aus. Ich kann aber auch so schließen: Die Notwehr steht im allgemeinen Teil des Strafrechtes; sie kann bei jedem Delikt des besonderen Teils vorkommen, sie ist gewissermaßen als allen Faktoren des besonderen Teils gemeinsam vor die Klammer gezogen, man könnte sie also ebensogut als negatives Merkmal in jedes einzelne Delikt setzen, indem man sagt: Wer das und das tut, wird bestraft, falls nicht Notwehr usw. vorliegt. Wer sich also für die erste Annahme entscheidet, muß sich, indem er die Notwehr als einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Grund bezeichnet, bewußt bleiben, daß hier „rechtswidrig" in dem erstgenannten obigen Sinn zu verstehen ist. Will man jedoch einer Begriffsverwirrung vorbeugen und deshalb wie wir den Begriff einschränkend diese Bedeutung von „rechtswidrig" ganz ausschalten, so muß man sich für die zweite Annahme entscheiden. Die Notwehr usw. erscheint uns stets als negatives Tatbestandsmerkmal und ist also dem Begriff „rechtswidrig", soweit dieser im Tatbestand enthalten ist, koordiniert.[67] Gegen unsere Auffassung von der Rechtswidrigkeit könnte sich sogleich der Vorwurf erheben, daß dann das Strafgesetz in vielen unzweifelhaft nicht strafwürdigen Fällen versagen müsse, wo „rechtswidrig" nicht Tatbestandsmerkmal ist. Wir wollen das kurz an einigen Stichproben untersuchen. Der Scharfrichter, der den zum Tode Verurteilten hinrichtet, erfüllt unzweifelhaft den Tatbestand des § 211 und ist trotzdem nicht strafbar. Dohna würde die Straflosigkeit mit dem vorliegenden Mangel der Rechtswidrigkeit, die er als Merkmal eines jeden Delikts erklärt, begründen. Wir sagen dagegen: Eine ausdrückliche Ausnahme von der Regel des § 211 liegt in § 13 StGB. und den §§ 485 u. 486 StPO. begründet. Indem hier der Gesetzgeber Bestimmungen über den Vollzug der Todesstrafe gibt, sagt er dadurch selbstverständlich, daß die Hinrichtung erlaubt ist. Von dem Verbot der Tötung durch die Rechtsgenossen macht er für sich selbst eine Ausnahme, allerdings

[67] Streng genommen gehörte die Behandlung der Notwehr also nicht hierher in Abschn. 5, sie hätte vielmehr in einem besonderen Abschnitt zu erfolgen. Ihre Einbeziehung in unseren den Mangel der Befugnis behandelnden Teil liegt im Interesse einer einheitlichen Darstellung, zumal ihr die Literatur allgemein an dieser Stelle einen Platz anweist.

unter der Voraussetzung, daß ein die Tötung aussprechendes Urteil vorliegt. Ein weiteres Beispiel bieten die Sittlichkeitsdelikte; wir wählen § 176, 3. Zwei äußerlich ganz gleiche Fälle sollen vorliegen, dieselbe Manipulation wird von beiden Personen vorgenommen, nur ist einmal ein Arzt, das andere Mal eine beliebige Person der Täter. Niemand würde den Arzt, der zu Heilzwecken eingreift, strafen. Welcher Grund ermächtigt dazu? Dohna würde sagen, daß hier die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei. Wir sagen, da „rechtswidrig" in § 176 nicht Tatbestandsmerkmal ist: Die Handlung des Arztes ist nicht „unzüchtig" im Sinne des Strafgesetzbuches. Wir sehen, daß durch die einschränkende Fassung des Begriffes „rechtswidrig" eine das Rechtsgefühl verletzende Auslegung nicht zu befürchten ist, wenn wir nur die strafverneinenden Gründe entweder außerhalb des Deliktstatbestandes in einer ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Ausnahme von der Regel oder in irgendeinem Merkmal desselben richtig zu finden wissen. Scheinbare Schwierigkeit bietet uns nur das Vergehen der Körperverletzung. Der Vater, der seinen Sohn, der Lehrer, der seinen Schüler züchtigt, begeht zweifellos eine Körperverletzung, da im Tatbestand derselben das Merkmal „rechtswidrig" fehlt, und doch wollen wir sie nicht strafen. Hier müssen wir zweifellos dem Gesetzgeber eine Inkonsequenz als Fehler zurechnen; § 223 kann unsere Ansicht nicht stürzen; er bildet eben eine Ausnahme von der Regel. Zu dieser Annahme berechtigt uns der Umstand, daß bekanntlich die Behandlung der Körperverletzung in unserem Strafgesetzbuch noch andere offenbare Mängel aufweist; man denke nur an die Straflosigkeit des Versuchs gegenüber der Strafbarkeit desselben bei der Sachbeschädigung. Bei der Revision des Strafgesetzbuches ist dem Rechnung zu tragen, die Rechtswidrigkeit muß Tatbestandsmerkmal im Delikt der Körperverletzung werden. Vorläufig müssen wir die Straffreiheit des züchtigenden Vaters anders begründen; der Annahme eines einschränkenden Gewohnheitsrechtes in Verbindung mit einem die Züchtigung gestattenden Satze des Zivilrechtes steht nichts entgegen, § 2 StGB. verbietet lediglich analoge Ausdehnung.

Wir bleiben also bei unserem Resultat: „Rechtswidrig ist nur

dort Tatbestandsmerkmal, wo das Gesetz das ausdrücklich bestimmt, und es bedeutet soviel wie ohne eine durch Rechtssatz gewährte Ermächtigung. Mehr sagt uns das Gesetz nicht, und es ist auch genügend. Wie wir schon in der Grundlage der sich mit der herrschenden Meinung etwa deckenden Lehre Dohnas Fehler erblickten, so können wir auch seine Ergebnisse nicht billigen. Die Rechtswidrigkeit soll allgemeines Tatbestandsmerkmal eines jeden Deliktes sein. Wir sahen bereits, daß sie es nur in den Delikten ist, wo sie als solches ausdrücklich genannt ist. Konsequenterweise müßte sie nach Dohnas Lehre in diesen letzteren Delikten dann zweimal als Tatbestandsmerkmal auftreten, da sie nach Dohna als stillschweigendes Merkmal jedem Delikt zukommt und hier außerdem noch einmal ausdrücklich genannt ist. Was man sich aber unter dieser doppelten Rechtswidrigkeit vorstellen soll, ist nicht klar. Abzulehnen ist dann auch, was Dohna unter „rechtswidrig" versteht[68]: „Ein rechtswidriges Verhalten ist ein unrichtiges Verhalten, d. h. ein solches, welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zum rechten Zweck". Das Bedenklichste an dieser Auffassung ist, daß der Maßstab, an dem gemessen eine Handlung als rechtswidrig oder rechtmäßig erscheinen soll, vollständig aus dem juristischen Rahmen herausfällt, im letzten Grunde bleibt die Ethik Richterin und nicht das Recht. Namentlich auch seine Ausführungen auf S. 113 lassen erkennen, daß Dohna sich einfach über ein unbilliges Gesetz hinwegsetzen würde. Ganz abgesehen davon, daß hier mit unjuristischen Mitteln operiert wird, tritt an Stelle einer Lösung der Frage nur eine Verschiebung derselben. Welches ist die vorgehende Pflicht, wo sind die höheren Interessen? — lautet jetzt die Frage in Konfliktsfällen. Damit ist der Gesetzesinterpretation nicht gedient. Dohnas Ansicht hätte einen Platz in der Rechtsphilosophie, nicht im positiven Recht. Finger bemerkt[69] sehr richtig zu dem oben[70] zitierten in Anwendung auf die Geheimnisverletzung vorgebrachten Satze Dohnas über die Rechtswidrigkeit im § 300: „Der Satz

---

[68] S. 54.
[69] S. 369.
[70] S. 39.

enthält fast ebensoviele Rätsel als Worte und scheint völlig zu übersehen, daß eben Aufgabe der Gesetzgebung ist, was hier als Aufgabe der Auslegung des Gesetzes bezeichnet wird. Ein Gesetz, das so abgefaßt wäre, daß der Ausleger desselben erst den Maßstab finden müßte, wie widerstrebende Ziele und Wünsche und kollidierende Pflichten zu einem objektiv gebotenen Ausgleich gebracht werden können — bedeutet eine Bankrotterklärung des Gesetzgebers. Ein solcher Gesetzgeber überwälzt die Lösung der Aufgabe, die wir von ihm fordern und zu der nur er berufen ist, auf die Schultern anderer".[71] Wir lehnen also bei Dohna in gleicher Weise die Definition der Rechtswidrigkeit wie die Eigenschaft dieses Begriffes als allgemeingültiges Tatbestandsmerkmal ab. Eine der Dohnaschen ähnliche Formulierung finden wir bei v. Liszt[72]: „Ist die vorgenommene Handlung das angemessene Mittel zur Erreichung dieses vom Gesetzgeber als berechtigt anerkannten Zweckes, so ist sie rechtmäßig", doch ist diese Formel bei Liszt nicht Generalregel, sondern einer von verschiedenen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Gründen.

Wir kommen zu Wolff. Er behauptet zunächst,[73] daß „unbefugt" kein „eindeutig bestimmbarer" Begriff sei; er habe vielmehr fast jedesmal eine von der anderen abweichende Bedeutung. Er sei lediglich ein Kollektivbegriff, der eine Reihe von ihm unterfallenden Begriffsbildungen unter demselben formalen Kriterium zusammenfasse. Dieses Kriterium bestehe in dem Urteil, daß bestimmte in derselben Richtung sich bewegende Handlungen einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg enthielten. Dann teilt Wolff die Gesetzesbestimmungen, die das Merkmal „unbefugt" enthalten, in zwei Gruppen. Die eine von diesen soll die Fälle umfassen, in denen sich das unbefugte Handeln als ein Handeln im Widerspruch mit einer positiven Berechtigung oder ohne eine solche darstellt. „Hier steht also das unbefugte Handeln im Gegensatze zu einem berechtigten, und zwar auf Grund eines Rechtstitels berechtigten Handeln." Wolff rechnet dann hierher

---

[71] Gegen Dohna vgl. auch Jellinek S. 671 Anm. 1.
[72] S. 141.
[73] S. 58.

z. B. die Verstöße gegen §§ 132, 136 sowie 292, 294—296, 370, 4, 123, 286, da die Worte „unberechtigt", „ohne Befugnis", „ohne obrigkeitliche Erlaubnis" in diesen letzteren Paragraphen dieselbe Bedeutung wie „unbefugt" hätten. „Unbefugt" in diesem Sinne soll die formale Seite des Begriffes „rechtswidrig" decken. Weiter heißt es dann[74]: „In der anderen Gruppe, in der der Begriff ‚unbefugt' als besonderes Tatbestandsmerkmal auftritt, kommt ein weiteres Kriterium hinzu, das die hierher gehörenden Fälle scharf von denen der ersten Gruppe trennt. Zunächst stellt auch hier die unbefugte Handlung einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg dar. Diese Mißbilligung hat aber ihren Grund nicht nur darin, daß sie wie dort die staatliche Reaktion auf eine lediglich gegen eine Rechtsvorschrift verstoßende Handlung ist, sondern vielmehr, und zwar wesentlich darin, daß die hier als unbefugt erscheinende Handlung sich als ein Handeln darstellt, das im Widerspruch steht mit einem latenten Rechtsgedanken, der seine Quelle im Wesen des Rechts, insbesondere im Wesen des Strafrechts hat. Dieser Gedanke ist folgender: Da es die Aufgabe des Rechtes „als äußere Regelung menschlichen Verhaltens"[75] ist, schutzbedürftige Lebensinteressen, wenn nötig mit Strafe, zu schützen, so kann das Befolgen eines diesem Zwecke dienenden Gebotes, das nichtrechtlicher Natur ist, nicht vom Rechte mißbilligt werden, anderseits kann der Verstoß gegen ein solches Gebot, selbst wenn dadurch nicht gegen eine Rechtsvorschrift verstoßen wird, sehr wohl eine ernste Mißbilligung finden. Dieses ist hier der Fall. Zu dieser Gruppe gehören die Privatgeheimnisverletzungsdelikte ... Hier verstößt die in Frage stehende Handlung nicht sowohl gegen eine bestehende Rechtsvorschrift ..., sondern wesentlich gegen eine jener Normen, die im Gesetze nicht expressis verbis gegeben sind, die aber nichtsdestoweniger vom Rechte anerkannt sind". Unbefugt in diesem zweiten Sinne soll dann gleichbedeutend mit rechtswidrig im materiellen Sinn sein. Später[76] erfahren wir dann, was Wolff, indem er die negative Formel

---

[74] S. 59/60.

[75] Stammler, Richtiges Recht S. 51.

[76] S. 63/64.

anwendet, unter „rechtswidrig“ in dieser Bedeutung versteht: „Nicht rechtswidrig ist eine Handlung, die sich als notwendiges Mittel zu einem rechten — daher rechtlich anerkannten — Zweck darstellen läßt“. Er kommt schließlich [77] zu dem Ergebnis, daß eine Offenbarung nach § 300 dann nicht „unbefugt“ sei, wenn der Berechtigte die Offenbarung erlaube, oder wenn entgegenstehende höhere Interessen die Offenbarung gebieten. Diese Interessen sollen zerfallen in Rechtspflichten des Reichs- und Landesrechts und sittliche Pflichten gegen andere und gegen sich selbst.

Zunächst widerspricht Wolff sich selbst; der Begriff „unbefugt“ hat in all den Fällen, wo er auftritt, nicht „fast jedesmal eine von der anderen abweichende Bedeutung“; Wolff stellt ja selbst lediglich zwei Gruppen auf, in die sich die entsprechenden Delikte einordnen sollen, also könnte höchstens von einem doppelten Sinne des Wortes „unbefugt“ die Rede sein. Und auch diese Zweiteilung ist durchaus willkürlich und nicht streng logisch, da nach dem, was Wolff unter rechtswidrig versteht, die zweite Gruppe die erste einschließt und ihr schon deshalb nicht in der geschehenen Weise gegenübergestellt werden kann. Der Begriff „unbefugt“ hat vielmehr überall, wo er auftritt, den gleichen Sinn, er bedeutet soviel wie „rechtswidrig“. Wolff, dessen Anschauungen über die Rechtswidrigkeit sich mit denen Dohnas nahezu decken, bleibt sich zum Unterschied von diesem nicht völlig konsequent. Das zeigt die verkehrte Zweiteilung, während Dohna eine allgemeine Formel findet, und die Ablehnung der letzten Folgerungen aus der Lehre Dohnas.[78] Dohna bemerkt [79] sehr richtig, daß es für § 300 ohne jeden Belang sei, ob er das Merkmal „unbefugt“, „rechtswidrig“, „unlauter“ oder irgendeine andere Bezeichnung enthalte. Hinsichtlich der Definition der Rechtswidrigkeit gilt gegen Wolff dasselbe, was am entsprechenden Ort gegen Dohna gesagt ist. Daß sittliche Pflichten an sich nie ein Recht verleihen können, und daß demgemäß durch deren Vorliegen im Einzelfalle die Rechtswidrigkeit

---

[77] S. 66 u. 67.
[78] vgl. S. 64.
[79] S. 121.

nicht ausgeschlossen wird, ist genügend betont. Wir können also auch Wolff auf seinen Bahnen nicht folgen. Gegen die „entgegenstehenden höheren Interessen" als Kriterium für die Offenbarungsbefugnis zieht mit besonderem Glück Jellinek[80] zu Felde. Nachdem er gezeigt hat, daß vielfach entgegenstehende Interessen nicht als höhere zu werten sind, da sich oft überhaupt nicht feststellen läßt, auf welcher Seite das höhere Interesse liegt, führt er die Gestaltung des Notstandes gegen die fragliche Theorie vor: „Wenn das Strafgesetz sagt: ‚Du darfst, um Dein halbverhungertes Kind am Leben zu erhalten, einen Raub begehen', so heißt dies eben ganz deutlich: ‚um einen Freund zu retten, darfst du nicht rauben, mag auch das Leben des Freundes in aller Welt Augen tausendmal soviel wert sein als die paar geraubten Groschen, das bißchen Seelenangst des beraubten Geizhalses'. Und wenn uns ein solcher Schluß empört, so liegt der Fehler im Gesetze, nicht in der Folgerung".

Es bleibt noch die Theorie Jellineks. Zunächst erfahren wir seine Ansicht über den Begriff „unbefugt"[81]: „Unbefugt heißt im Strafgesetzbuch nicht mehr und nicht weniger als ohne vom Berechtigten erhaltene Erlaubnis". Eine Identifizierung von „unbefugt" mit „rechtswidrig" lehnt Jellinek ab[83] mit der sonderbaren Begründung, daß jede Spaltung der Begriffe nur zur Klärung beitragen könne. An Stelle der in der Literatur allgemein aufgeworfenen Frage, wann der Staat das Interesse des Geheimnisherrn schütze, setzt er dann,[83] um eine befriedigende Antwort zu ermöglichen, die andere Frage: „Wann schützt der Staat das zwischen Berechtigten und Verpflichteten bestehende Rechtsverhältnis, wann nicht"? Dann heißt es weiter[84]: „Der Geheimnisherr hat ein Recht auf Unterlassung; auf dieses Recht kann er verzichten. Der Gesetzgeber kann nun einmal bestimmen, daß in gewissen Fällen eine unwiderlegliche Vermutung für den Verzicht sprechen soll, zum anderen, daß überhaupt unter gewissen

[80] S. 673/74.
[81] S. 671.
[82] S. 672 Anm. 1.
[83] S. 679.
[84] S. 679/80.

Umständen ein Recht auf Unterlassung nicht vorhanden sein soll; wir gelangen auf diese Weise zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag einerseits, zur Lehre vom unsittlichen Vertrage anderseits". Jellinek sucht dann nachzuweisen, daß man mit Hilfe der Geschäftsführung ohne Auftrag einige Fragen lösen kann, daß man allerdings auch mit Hilfe der Lehre vom Vorsatz durch Annahme eines Schuldausschließungsgrundes dasselbe Ergebnis gewinnen könne, während er eine weitergehende Heranziehung der Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag speziell des § 679 BGB. ablehnt. Er kommt darauf zu seinem unsittlichen Vertrag. Das Verhältnis zwischen dem Anvertrauenden und dem Arzte, dem Anwalt faßt er als Vertrag auf.[85] Das biete keine Schwierigkeit, wo ein Dienst- oder Werkvertrag zustande komme; da aber auch bei Ablehnung der Behandlung des Patienten eine Schweigepflicht besteht, so müsse die Geheimhaltungspflicht einen anderen Rechtsgrund haben, und das sei ein selbständiger Geheimhaltungsvertrag, und zwar sei der Arzt, der Anwalt der Offerent, der Anvertrauende der Akzeptant. Zum Abschlusse eines solchen Vertrages bestehe aber für die Personen des § 300 ein originärer Kontrahierungszwang, der nur dann entfallen solle, wenn der Vertrag den guten Sitten zuwiderlaufen würde. Dementsprechend will Jellinek auch die Fragen, ob durch § 139 oder durch die Prozeßordnung eine Befugnis zur Offenbarung gewährleistet werde, nicht prinzipiell entscheiden; wenn das Verlangen des Geheimnisherrn nach der Geheimhaltung gegen die guten Sitten verstoße, schikanös erscheine oder nach der Lehre von der negotiorum gestio ignoriert werden dürfe, so stehe die Zeugenaussage oder deren Verweigerung im Belieben der Personen des § 300. Soweit es sich um noch zu begehende Delikte handele, dürften diese Personen offenbaren, auch wenn es andere als die im § 139 genannten Delikte wären, auch bei begangenen Delikten sei event. die Anzeige straflos, je nachdem ob der Geheimhaltungsvertrag als unsittlich erscheine oder nicht. Im Ergebnis kennt Jellinek[86] vier Möglichkeiten straffloser Offenbarung: Einwilligung des Ge-

---

[85] S. 682—687.

[86] S. 687.

heimnisherrn, Geschäftsführung ohne Auftrag (in der von ihm selbst beschränkten Weise), Schikane (falls auf das vertragsmäßige Recht des Anvertrauenden auf Unterlassung der Offenbarung § 226 BGB. anzuwenden ist) und unsittliches Begehren.

Mit Jellineks Lehre würden wir in der Tat zu einer völlig befriedigenden Lösung aller Fragen kommen; jedoch hält sie den Angriffen gegen ihre Konstruktion nicht stand. Gegen die Heranziehung des Zivilrechts ist an sich nichts einzuwenden, wurzeln doch die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit zum großen Teil im Zivilrecht. Dagegen ist die Auffassung unhaltbar, daß § 300 ein durch privatrechtlichen Vertrag begründetes Rechtsverhältnis schütze. Im Gesetze selbst wie in seiner Geschichte finden wir nicht den geringsten Anhaltspunkt für diese Auffassung. Jellinek setzt an Stelle der Frage, wann das Interesse des Geheimnisherrn geschützt werde, die „andere" Frage, wann das zwischen Berechtigten und Verpflichteten bestehende Rechtsverhältnis geschützt werde. Erst seine Fragestellung soll eine befriedigende Antwort gewährleisten. Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß zwei Personen einen privatrechtlichen Vertrag dahin abschließen können, daß die eine geheimzuhalten verspricht, was ihr die andere anvertraut. Damit seine Theorie sich in allen Fällen als brauchbar erweise, sucht nun aber Jellinek einen Kontrahierungszwang der Subjekte des § 300 festzustellen. Dagegen ist schon ein prinzipieller Einwand zu erheben. Ein Kontrahierungszwang steht in einem solchen Widerspruch zu dem unser Zivilrecht durchziehenden Gedanken der Vertragsfreiheit, daß wir ein Vorliegen desselben nur annehmen dürfen, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich normiert. Ein solcher Zwang besteht im Eisenbahnverkehr und ist durch § 453 HGB. ausdrücklich begründet; eine gewisse Ähnlichkeit im Zwangsmoment zeigt der § 663 BGB. Wenn man sich, wie Jellinek, hierauf stützen will, so kann man daraus doch nur folgern, daß zwar ein Kontrahierungszwang im Zivilrecht ausnahmsweise vorkommt, daß er aber nur da anzunehmen ist, wo ihn das Gesetz ausdrücklich betont, in unserem Falle also ausgeschlossen ist. Der Geheimhaltungsvertrag soll ferner selbständigen Charakter haben. Nun ist aber die Geheimhaltung anvertrauter Tatsachen nach § 300 begrifflich mit der Ausübung des

Berufs verbunden; die Geheimhaltung ist nie Selbstzweck, sondern nur Hilfsmittel, um die betreffende Berufsausübung möglichst erfolgreich zu machen. Wollten wir also einen Geheimhaltungsvertrag annehmen, so könnten wir ihm, indem wir im Gegensatz zu Jellinek vom § 300 auf diesen schlössen, lediglich die Rolle einer Nebenabrede zuweisen, die nur in Verbindung mit dem Hauptvertrag (Dienst-, Werkvertrag, Auftrag) Gültigkeit hat. Der § 300 würde also in den Fällen keinen Schutz gewähren, wo seine Subjekte die Behandlung ablehnen, nachdem ihnen durch Darstellung der Verhältnisse bereits ein Geheimnis anvertraut wäre. Erscheint uns schon die Annahme eines Kontrahierungszwangs als etwas kühn, so wird sie völlig hinfällig, wenn wir berücksichtigen, daß nach unseren Ausführungen nur ein Zwang zum Abschluß eines Nebenvertrages bestehen könnte, während der Abschluß des Hauptvertrages im Belieben des Arztes, Anwaltes usw. steht — ein merkwürdiges Ergebnis für das Zivilrecht. Gegen die Lehre vom unsittlichen Vertrag spricht ferner ein schwerwiegender Grund. Unzweifelhaft ist zahlreichen Personen die Norm des § 300 unbekannt. Neißer, eine bekannte medizinische Autorität, sagt (lediglich mit Bezug auf das ärztliche Berufsgeheimnis) sogar,[87] daß nach seiner Erfahrung die allerwenigsten Menschen, nicht einmal Angehörige der gebildeten Kreise, eine Ahnung von § 300 haben. — Für alle diese Personen käme aber ein stillschweigend zu schließender Geheimhaltungsvertrag gar nicht in Frage. Eine Offerte des Arztes, zu deren Abgabe dieser durch das Gesetz gezwungen würde, wäre stets nur aus der Schweigepflicht auf Grund des § 300 abzuleiten; eine auch nur stillschweigende Annahme der Offerte ist notwendig da ausgeschlossen, wo eine Unkenntnis der Schweigepflicht und damit zugleich die Unkenntnis der Abgabe der Offerte besteht. Was hier für die Ärzte gilt, findet natürlich auf alle Personen des § 300 Anwendung. Wir kommen so auch zur Ablehnung der Lehre Jellineks.[88]

6. Von den vier Möglichkeiten der straflosen Offenbarung bei Jellinek entfällt also zunächst das unsittliche Begehren und

[87] S. 5.

[88] Gegen dieselbe ferner Wolff (S. 68 Anm. 1), doch ohne Begründung.

damit zugleich die Schikane, die nur in dem abgelehnten zivilen Rechtsverhältnis Platz findet. Die Einwilligung als dritte Möglichkeit bringt uns nichts Neues; es bleibt die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ihr soll nach Jellinek nur geringe Bedeutung zukommen; da die mit ihrer Hilfe gewonnenen Resultate auch mit strafrechtlichen Gründen zu beweisen wären, erschiene ihre besondere Aufführung füglich überflüssig. Jedoch erinnern wir uns, daß Jellinek nur ihre sehr beschränkte Heranziehung befürwortete und namentlich den wichtigen § 679 BGB. außer Frage stellen wollte. Seine Gründe sollen uns später beschäftigen. Eine wesentliche Förderung der Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag verdanken wir Zitelmanns Werk über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit,[89] auf das wir zunächst eingehen müssen. Zitelmann stellt zu Beginn den allgemeinen Satz auf: „Die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffes in fremde Rechtsgüter ist ausgeschlossen, soweit der Handelnde als Geschäftsführer in den Grenzen des BGB. §§ 677 ff. handelt". Unter der Voraussetzung, daß der Begriff des Geschäfts bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im weitesten Sinne, ganz gleich „Angelegenheit" zu nehmen ist, welche Gleichsetzung mehr und mehr als richtig anerkannt werde, sucht er obigen Satz als geltendes Recht zu beweisen: „Aus der gesamten Behandlung, welche die auftragslose Geschäftsführung im bürgerlichen Recht findet, geht nun aber mit Sicherheit hervor, daß der Gesetzgeber diese ‚Menschenhilfe' begünstigen und befördern, nicht verhindern will, sofern sie nur in den Schranken der §§ 677 ff. bleibt: undenkbar also, daß er sie als etwas Rechtswidriges ansieht, was ja bedeuten würde, daß er sie verbiete. Das hieße in einem Atem ja und nein sagen. Und selbstverständlich gilt das wie für das Privatrecht, so auch für das Strafrecht: Die Handlung, die negotiorum gestio in jenen Schranken ist, ist eben deshalb in keiner Weise mehr gemißbilligt, sie kann also auch in keinem Rechtsteil mehr verboten sein". Wir halten Zitelmanns Beweisführung für einwandfrei; die Handlung, die nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag rechtliche Billigung verdient, ist nicht „rechtswidrig"; ent-

[89] S. 102—120.

hielt sie also eine Geheimnisoffenbarung, so ist für die Anwendung unseres § 300 kein Raum. Wir finden also in der rechtmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag einen neuen Spezialfall, der nach unserer obigen Generalregel für den Begriff der Rechtswidrigkeit ein dieselbe ausschließendes Moment darstellt. Es gilt nun nachzuweisen: daß wir in unseren wichtigsten Fällen, die wir nach gesundem Rechtsgefühl als straffrei ansehen müssen, für die aber bis jetzt noch kein die Rechtswidrigkeit ausschließender Grund namhaft gemacht werden konnte, mit der negotiorum gestio erfolgreich operieren können. Wir wollen das an der Hand des Schulbeispiels von der durch den Bräutigam infizierten Braut nachweisen; ihm scheint auch praktisch die meiste Bedeutung zuzukommen, wie aus der allgemeinen Behandlung dieses Falles in der medizinischen Literatur zu schließen ist. Naturgemäß kommt von den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag für uns lediglich der § 679 BGB. in Betracht, da in ihm allein von einem Handeln gegen den Willen des Geschäftsherrn die Rede ist. Der § 679 hat folgenden Wortlaut: „Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde".

Jellinek, der[90] zunächst zugibt, daß die Annahme einer rechtmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag im Falle, wo der Arzt die Braut warnt, den Intentionen Zitelmanns entspreche, lehnt dieselbe für seine Person ab, weil sie ihm als unverträglich mit Geist und Wortlaut des Gesetzes erscheint. Er führt drei Gründe dagegen ins Feld. Zunächst soll aus der Nebeneinanderstellung der Unterhaltspflicht mit einer im öffentlichen Interesse zu erfüllenden Pflicht im § 679 folgen, daß der Begriff dieser letzteren Pflicht eng ausgelegt werden soll. Die Erfüllung der Unterhaltspflicht liege zunächst im Interesse des Bedürftigen, in zweiter Linie im öffentlichen Interesse. Diesen mittelbaren öffentlichen Pflichten ständen die unmittelbaren gegen-

[90] S. 681.

über, bei deren Vorliegen der Staat, die Gemeinde usw. einen Anspruch hätten, und nur diese seien im § 679 gemeint. Die Verpflichtung, einen anderen nicht zu infizieren, sei aber eine mittelbare öffentliche Pflicht, § 679 müsse also entfallen. Diese Begründung ist nun keineswegs durchschlagend. Mit demselben Recht kann ich behaupten, indem ich umkehre: weil die Unterhaltspflicht eine „mittelbare" öffentliche Pflicht ist, muß auch die andere im § 679 genannte Pflicht eine mittelbare und keine unmittelbare öffentliche Pflicht sein, Die Interpretation Jellineks wird ferner dem § 679 nicht gerecht, derselbe würde danach praktisch nahezu wertlos. Denn der Fall, daß jemand als negotiorum gestor für einen anderen die Steuern bezahlte (die Steuerpflicht wäre eine unmittelbare öffentliche Pflicht im Sinne Jellineks) oder ähnliche Ansprüche des Staates erfüllte, dürfte nicht häufig vorkommen. Anderseits wird niemand bezweifeln, daß ich mich auf § 679 stützen kann, wenn ich den Brand eines Hauses gegen den Willen des Eigentümers zu löschen versuche, in welchem Falle nach Jellinek doch auch nur eine mittelbare öffentliche Pflicht anzunehmen wäre. Jellinek behauptet ferner, daß bei unserem Schulbeispiel von der rechtzeitigen Erfüllung einer Unterlassungspflicht nicht geredet werden könnte. Nun besteht aber die Pflicht des Bräutigams nicht, wie Jellinek meint, in der Unterlassung der Infizierung, sondern in einem positiven Tun, nämlich in der Aufklärung der Braut über seinen Gesundheitszustand. Es ist ja keineswegs ausgeschlossen, daß sie an der gleichen Krankheit leidet, womit eine Ansteckungsmöglichkeit entfällt, oder daß sie trotzdem vor der Eingehung der Ehe nicht zurückschreckt. Solange das Gesetz nicht die Eheschließung beim Vorliegen gewisser schwerer Krankheiten verbietet, geht in solchen Fällen das öffentliche Interesse an der freien Selbstbestimmung der Einzelpersönlichkeit dem Interesse der Öffentlichkeit an guten Gesundheitsverhältnissen vor. Wir wollen ja nur mit Hilfe des Gesetzes die Braut davor bewahren, sich und etwaigen Nachkommen unwissentlich schweren Schaden an der Gesundheit zuzuziehen; die Möglichkeit einer Eheschließung unter allen Umständen zu vernichten, kann nicht unsere Absicht sein. Hier gilt der Satz „volenti non fit iniuria". Der dritte Einwand Jellineks, daß

doch die Pflicht zu einer vertretbaren Leistung vorliegen müsse, erledigt sich zugleich mit der vorigen Frage. Bestände die Pflicht tatsächlich in einer Unterlassung der Infizierung, so könnte allerdings von Vertretbarkeit keine Rede sein; erkennen wir jedoch die Pflicht in der Aufklärung, so ist nicht einzusehen, warum dieselbe nicht durch jeden anderen Eingeweihten vorgenommen werden kann. Jellineks Gründe vermögen uns also nicht zu überzeugen. Indem wir die Heranziehung des § 679 für durchaus erfolgreich halten, suchen wir die einzelnen Erfordernisse desselben klarzustellen.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag setzt zunächst den Willen des Geschäftsführers voraus, ein fremdes Geschäft zu führen. Mag nun auch der Arzt in erster Linie das körperliche Wohl der Braut im Auge haben, so führt er doch notwendigerweise durch die Bekanntgabe, die normalerweise eine Aufhebung des Verlöbnisses bewirkt, zugleich die Geschäfte des Bräutigams wegen der Vertragsnatur des Verlöbnisses; mag er auch zugleich an ein eigenes Interesse denken — die Erfüllung einer moralischen Pflicht —, stets wird er durch sein Eingreifen auf die durch den Verlöbnisvertrag geregelten Rechtsverhältnisse einwirken und die wahren Interessen des Bräutigams wahrnehmen wollen. Die §§ 677 ff. erfordern keineswegs, daß der Geschäftsführer die Interessen lediglich des Geschäftsherrn verfolgt, es genügt, daß auch seine Geschäfte durch die Geschäftsführung besorgt werden. Daß der Begriff des Geschäftes im weitesten Sinne auszulegen ist, wurde bereits in Anlehnung an Zitelmann erwähnt. Im § 679 wird weiterhin eine Pflicht des Geschäftsherrn verlangt; darunter ist natürlich nach allgemeiner Auslegungsregel des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Rechtspflicht zu verstehen. Wir sahen, daß die Pflicht in unserem Falle darin besteht, daß der Bräutigam seine Braut von seinem Gesundheitszustand unterrichtet. Diese Pflicht ist nicht nur ein Ausfluß der sittlichen Forderung, sie ist zugleich Rechtspflicht. Aus der Natur des familienrechtlichen Verlöbnisvertrages folgt im Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis der Verlobten zueinander und den allgemeinen Vertragsgrundsatz von Treu und Glauben die rechtliche Pflicht zur Mitteilung gefahr-

drohender Krankheiten an den Vertragsgegner.[91] Der rechtliche Charakter dieser Pflicht folgt auch schon daraus, daß im Falle des Zuwiderhandelns der Gegner nach § 1299 BGB. ein Rücktrittsrecht mit Ersatzansprüchen gewinnt. Zitelmann weist[92] nach, daß mit Hilfe eines Analogieschlusses § 679 schon beim Vorliegen einer sittlichen Pflicht verwendbar ist, wenn hinzukommt, daß durch die Geschäftsführung eine Verletzung dringender öffentlicher Interessen verhindert wird: Die ratio legis enthält ein doppeltes Moment: einmal, daß eine uneinbringliche Schädigung besonderer und dringender öffentlicher Interessen durch einen widerstrebenden Einzelwillen auf dem Spiele steht, und ferner, daß dieser Einzelwille auch zu mißbilligen ist. Danach erscheint die Verletzung gerade einer juristischen Pflicht nicht wesentlich. Die bloße Pflichtwidrigkeit genügt aber nie, stets muß durch sie eine Verletzung öffentlicher Interessen herbeigeführt werden. Deshalb kann auch der Inhalt der Beratungen der 2. Kommission, die im Hinblick auf § 679 eine sittliche Pflicht ablehnte, nicht gegen die aufgestellte Ansicht verwendet werden, weil dort das zweite Moment, daß die Pflichtwidrigkeit ein dringendes öffentliches Interesse verletzen müsse, fehlte. Gegen diese Ansicht Zitelmanns ist nichts einzuwenden;[93] sie ermöglicht uns eine weitergehende Heranziehung des § 679 BGB. zur Auslegung des § 300 StGB. — Die Pflichterfüllung muß ferner im öffentlichen Interesse liegen. Daß dieser Ausdruck einengend auszulegen ist, da im letzten Sinne selbstverständlich die Erfüllung einer jeden Rechtspflicht im öffentlichen Interesse liegt, gibt auch Zitelmann[94] zu. Deshalb muß man noch nicht so weit wie Jellinek gehen, der nur die Ansprüche des Reiches, Staates und anderer öffentlicher Verbände hierher rechnen will. Nicht das Interesse der juristischen Personen des öffentlichen Rechts hat der § 679 im

---

[91] vgl. das Urteil d. OLG. Hamburg v. 14. 6. 1901 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 245, wonach ein Ehegatte im Klageweg verlangen kann, daß der andere über seine Geschlechtskrankheit zuverlässige Auskunft gibt.

[92] S. 116 ff.

[93] Zustimmend Enneccerus S. 986 Anm. 4; a. A. Planck-André zu § 679 2b.

[94] S. 114.

Auge, sondern das der Gesamtheit der Rechtsgenossen. Zitelmann sagt sehr richtig,[95] daß ein „durch die Umstände gegebenes, besonderes stärkeres und dringendes“ öffentliches Interesse zu fordern ist. An einer gesunden ehelichen Nachkommenschaft hat aber der Staat ein so geartetes Interesse. Schließlich muß ohne die Geschäftsführung eine rechtzeitige Erfüllung der Pflicht ausgeschlossen erscheinen, es muß also eine Gefahr im Verzuge sein. Diese braucht keineswegs gegenwärtig zu sein, etwa wie im Falle der Notwehr. Für die Braut droht jedenfalls Gefahr; wann eine Infektion stattfinden wird, kann der Arzt nicht erkennen, die Eheschließung kann nahe bevorstehen, eine Infektion ist auch vor derselben möglich. Aller Voraussicht nach würde die Braut erst eingeweiht werden, wenn es bereits zu spät ist. Ohne Mitteilung seitens des Arztes würde die Pflicht nicht rechtzeitig im Sinne des § 679 erfüllt.

Die Anwendung unseres § 679 ist also für die Untersuchung über die Offenbarungsbefugnis von Erfolg. Der Arzt in unserem Beispiel handelt straflos, weil er durch § 679 ermächtigt nicht „rechtswidrig“ offenbart; dasselbe trifft zu, wenn er die Eisenbahnbehörde von der beginnenden Geisteskrankeit eines Lokomotivführers unterrichtet,[96] oder wenn er dem gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Hauskindes die Erkrankung des letzteren an einer ansteckenden Krankheit anzeigt, und so ließen sich noch mehr Beispiele finden, deren restlose Aufzählung natürlich nicht unsere Aufgabe sein kann. Es genügt, den leitenden Gedanken nachgewiesen zu haben. — Es ist zuzugeben und bedarf nach diesen Ausführungen keiner besonderen Hervorhebung, daß man dann allerdings von einer Geschäftsführung überhaupt und damit auch von der Anwendung des § 679 BGB. nicht reden kann, wenn dem gestor die betreffende Person, gegen deren Willen er offenbaren will, durchaus gleichgültig ist, wenn ihm also der Wille, die Geschäfte dieser Person — auch nur in zweiter Linie — zu führen, vollständig abgeht; doch dürften solche Fälle praktisch selten vorkommen.

---

[95] S. 115.

[96] Ein Beispiel Jellineks S. 685.

Wir beschließen diesen Abschnitt und fassen nochmals zusammen: Prinzipiell ist die Offenbarung nicht unbefugt, wenn ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Grund vorliegt, wenn also irgendeine Rechtsnorm zur Offenbarung ermächtigt. Wir fanden vier Fälle der Befugnis: die Einwilligung des Geheimnisherrn, die Rechtspflicht als Anzeigepflicht, die Rechtsgestattung (Wahrnehmung eigener Interessen und Aussage im Zivil- und Strafprozeß) und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Daneben bewirkt das Vorliegen des verwandten Merkmals der Notwehr, des Notstandes und der Nötigung des § 52 einen Ausschluß der Strafbarkeit.

6. Der Antrag.

„Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein." Für die Frage des Antrages gelten zunächst die allgemeinen Regeln der §§ 61—65 StGB. Antragsberechtigt ist stets der durch das Verbrechen Verletzte. Wer wird nun durch die Offenbarung verletzt? Für die Regel zweifellos derjenige, der das Privatgeheimnis anvertraute insofern und soweit man in erster Linie seine eigenen Geheimnisse anvertraut. Dieser Normalfall liegt dem § 300 zu Grunde. Soweit herrscht Klarheit und Einstimmigkeit über die Frage. Nun ist es aber möglich, daß jemand die Geheimnisse einer anderen Person dem Arzte usw. anvertraut, daß also Geheimnisgeber und Geheimnissubjekt nicht wie im Regelfall in einer Person vereinigt sind. Wir bezeichnen hier als Geheimnisgeber den Anvertrauenden, als Geheimnisempfänger die betreffende Vertrauensperson des § 300 und als Geheimnissubjekt die Person, an deren Namen sich der objektive Inhalt des Geheimnisses knüpft. Hier entstehen sogleich Zweifel über die Antragsberechtigung. Zunächst müssen wir zwischen diesen drei Personen scharfe Grenzen ziehen. Wie bereits oben[97] ausgeführt, ist also prinzipiell daran festzuhalten, daß das Anvertrauen von Geheimnissen, die in dem Zustand oder den Äußerungen eines Bewußtlosen enthalten sind, nie durch diese handlungsunfähige Person erfolgen kann. Geheimnisgeber ist hier stets nur der, welcher durch Herbeiziehung des

[97] S. 21.

Arztes usw. diesem Gelegenheit zur Kenntnisnahme verschafft. Daß man hier überhaupt von einem Anvertrauen reden kann, folgt aus der weiten Fassung des Begriffs,[98] und es geschieht mit demselben Recht, mit dem wir dann bereits ein Anvertrauen als vorliegend erachten, wenn ein solcher Patient dem Arzt seinen Körper zur Untersuchung darbietet, der den Gegenstand des Geheimnisses, die Krankheit, nicht kennt, ja vielleicht vom Arzt nie erfährt. Ob man in dem Fall, wo jemand einen Dritten mit der Mitteilung der geheimen Tatsache an eine Person des § 300 beauftragt, diesen oder seinen Auftraggeber als Anvertrauenden ansehen will, ist gleichgültig, da dem Beauftragten jedenfalls ein Antragsrecht nicht zusteht. — In dem zweifelhaften Ausnahmefall nun sind die drei Entscheidungen möglich: 1. Antragsberechtigt ist nur der, um dessen Geheimnis es sich handelt, dessen höchstpersönlichste Interessen durch den Geheimnisbruch verletzt werden, das Geheimnissubjekt. 2. Berechtigt ist nur der, welcher durch seine Tätigkeit dem Geheimnisempfänger eine Kenntnisnahme überhaupt ermöglichte, der Geheimnisgeber. 3. Es können beide unabhängig voneinander berechtigt sein. In der Literatur finden sich auch diese drei Ansichten. Die erste vertreten v. Liszt[99] und Schmidt[100]. — Für die zweite sprechen sich aus Berner,[101] Binding,[102] Finger,[103] Hälschner,[104] Jummel,[105] Merkel,[106] Olshausen,[107] Sandheim,[108] das Reichsgericht.[109] — Der dritten Ansicht stimmen zu Flesch,[110] Friedersdorff,[111]

---

[98] s. oben S. 19.
[99] S. 407.
[100] S. 32.
[101] S. 629.
[102] HB. S. 626 u. LB. S. 128.
[103] S. 370.
[104] S. 219.
[105] S. 55.
[106] S. 350.
[107] § 300 Nr. 11.
[108] S. 45/46.
[109] E. Bd. 13 S. 60.
[110] S. 27.
[111] S. 47.

Frank,[112] Gans,[113] Günther,[114] Liebmann,[115] Ludwig,[116] Meyer-Allfeld,[117] Seréxhe,[118] Wolff,[119] Zschock.[120] — Wir halten keine der drei Antworten für völlig erschöpfend. Um zu einer richtigen Entscheidung zu kommen, muß man sich in gleicher Weise den Zweckgedanken des Gesetzes wie die zwischen Geheimnisgeber, Geheimnissubjekt und Geheimnisempfänger bestehenden Rechtsbeziehungen vor Augen halten. Wir sahen, daß das Gesetz von folgendem Gedanken ausgeht: Da mein berechtigter Wille, meine Privatgeheimnisse dem Einblick anderer Personen zu entziehen, dort nicht streng durchzuführen ist, wo ich zur Inanspruchnahme gewisser fremder Hilfe gezwungen bin, so sucht das Gesetz dadurch meinen Willen zu schützen, daß es den fraglichen Personen hinsichtlich meiner Geheimnisse Schweigen gebietet. — Vertraue ich nun das Geheimnis eines Dritten an, so ist es einerseits klar, daß dieser Fall zunächst nicht von dem Zweckgedanken des Gesetzes umfaßt wird, anderseits leuchtet es ein, daß das Gesetz den Bruch eines solchen Geheimnisses nicht straflos lassen kann. Die strafrechtliche Schuld des Geheimnisempfängers ist ja in jedem Fall dieselbe. Nur liegen hier die Rechtsbeziehungen zwischen dem Geheimnisempfänger und den mit ihm in Beziehung tretenden Personen anders wie im Normalfall. Trete ich als Geheimnisgeber einem fremden Geheimnissubjekt gegenüber, so besteht eine doppelte Möglichkeit: entweder will ich für dasselbe tätig werden, dann erscheine ich als sein Stellvertreter oder negotiorum gestor, oder ich verfolge einen eigenen Zweck. Wir wählen zwei entsprechende Beispiele: Eine Person fällt ohnmächtig auf der Straße nieder; ich schaffe sie in meine Wohnung und rufe einen Arzt herbei. Hier vertraue ich ein

---

[112] § 300 VI.
[113] S. 20/21.
[114] S. 29.
[115] S. 49.
[116] S. 54.
[117] S. 521.
[118] S. 95.
[119] S. 70.
[120] S. 51—52.

fremdes Geheimnis an und werde als Geschäftsführer ohne Auftrag im fremden Interesse tätig. — Ich schicke das Sputum eines meiner Angestellten ohne dessen Wissen zum Arzt, um über das Vorliegen von Tuberkulose unterrichtet zu sein. Ich vertraue hier gleichfalls ein fremdes Geheimnis an, erscheine aber nicht als negotiorum gestor. Nach den in der Literatur aufgestellten Ansichten über das Antragsrecht würde die Entscheidung hier so lauten: Nach der ersten Ansicht ist der Fremde berechtigt, nach der zweiten komme ich in Frage, nach der dritten steht beiden das Recht zu. In der Literatur würde diesen beiden Fällen eine gleiche Behandlung zuteil werden, während wir entsprechend der verschiedenen zivilen Rechtslage zwischen Geheimnisgeber und Geheimnissubjekt zwei verschiedene Antworten finden. Richtigerweise ist im erstgenannten Fall der Kranke der Berechtigte, im zweiten Fall bin ich es. Das Kriterium bildet also das Vorliegen einer negotiorum gestio oder einer Stellvertretung bezw. eines Auftrages. Das Resultat muß sich nun in Einklang mit dem leitenden Zweckgedanken des Gesetzes bringen lassen. Wir fragen deshalb zuerst: Welchen Sinn hat es, mir ein Antragsrecht zuzuerkennen, wenn ich wie im ersten Beispiel einer beliebigen Person ärztliche Hilfe verschaffe? In sämtliche Rechte und Pflichten dem Arzt gegenüber tritt der Fremde kraft Geschäftsführung ohne Auftrag ein. Es wäre ganz unverständlich, wenn das Antragsrecht sich hier an meine Person knüpfen sollte, was um so deutlicher wird, wenn der Kranke gar bei einer Geheimnisverletzung durch den Arzt dessen Bestrafung nicht wünscht. Ich bin ebensowenig antragsberechtigt wie mein Freund, wenn ich durch diesen dem Arzt die Symptome meiner Krankheit anvertraue. Beim Gesetzeszweck liegt der Ton viel mehr auf der schutzwürdigen Zwangslage als auf der Person des Geheimnisgebers. In diese Lage ist aber der Kranke versetzt, nicht ich. Das Anvertrauen selbst kann durch einen Vertreter geschehen, wobei es sich gleich bleibt, ob dazu ein ausdrücklicher Auftrag vorlag, oder ob ein dahin zielender Wille den Umständen nach anzunehmen war. Hier versagen also die zwei Theorien, die entweder dem Geheimnisgeber allein oder diesem sowie dem Geheimnissubjekt das Antragsrecht zuerkennen. — Anders ist nun die Entscheidung,

wenn ich wie in dem zweiten angeführten Beispiel nicht für einen andern tätig werden will, sondern in eigenem Interesse handele. Hier fehlt jede Beziehung des Fremden zum Arzt. Er hat diesem gar nichts anvertraut, ein Geheimhaltungswillen seinerseits ist zwar anzunehmen, kommt aber gar nicht in Betracht. Der Arzt hat lediglich meinen Geheimhaltungswillen zu respektieren. Die das Geheimnis darstellende Tatsache berührt meine Interessen derart, daß sie auch als mein Geheimnis angesehen werden kann. Der Fremde wurde gar nicht tätig und wollte es auch nicht; ich allein befand mich in der geschützten Zwangslage, lediglich mein Vertrauen wird durch einen Geheimnisbruch getäuscht, ich bin deshalb allein antragsberechtigt. In diesem Fall geht also die erstgenannte Theorie fehl, wonach dem Geheimnissubjekt das Antragsrecht zusteht, und ebenso natürlich wieder die dritte Theorie, soweit sie dasselbe dem Anvertrauenden gleichstellt. In der Tat würde sich eine Bestrafung des Arztes auf den Antrag der fremden Person hin, nachdem ich den Arzt von der Schweigepflicht entbunden habe, ebensowenig rechtfertigen lassen als in dem Fall, wo er ein Geheimnis, das ihm nicht kraft Berufs mitgeteilt ist, preisgibt. Sehr richtig betont das Reichsgericht,[121] daß das Interesse an der Geheimhaltung, das dem fremden Geheimnissubjekt natürlich in hohem Maße zusteht, noch kein Antragsrecht begründe.

Wir formulieren also folgendermaßen: Antragsberechtigt ist in erster Linie der Anvertrauende; soweit derselbe aber als Stellvertreter, Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag des Geheimnissubjektes handelte, hat dieses das Antragsrecht.

---

[121] E. Bd. 13 S. 60.

III. Schluß.

Das Berufsgeheimnis de lege ferenda.

Entsprechend der großen Zahl der Schriften über das Berufsgeheimnis sind die Vorschläge über die Gestaltung des § 300 in unserem künftigen Strafgesetzbuch überaus zahlreich. Die beiden extremsten Ansichten zielen auf völlige Beseitigung des § 300 einerseits und auf übertriebene Erweiterung des Kreises der Deliktssubjekte andererseits. Wir halten dagegen die bereits[122] erwähnten Grundgedanken, die für den Gesetzgeber bei der Formulierung des Tatbestandes bestimmend waren, nach wie vor für maßgeblich; wenn auch die Ausdehnung der Geheimhaltungspflicht auf die Träger solcher Berufsarten anzustreben ist, denen gegenüber sich das Publikum in der gleichen Lage befindet wie bei den Personen des § 300, so würde doch eine Erweiterung über diesen Rahmen hinaus schon abgesehen davon, daß sie dann innerlich nicht gerechtfertigt wäre, schließlich die Bedeutung und Wirkung des § 300 immer mehr abschwächen. Neu aufzunehmen wären also z. B. die Patentanwälte und die Beamten der sozialen Versicherungsanstalten wie der Lebensversicherungsgesellschaften; der Advokat wäre dagegen als überflüssig zu streichen. Der Ausdruck „unbefugt" ist im Interesse einer einheitlichen Terminologie durch „rechtswidrig" zu ersetzen. Was die Offenbarungsbefugnis im Prinzip betrifft, so lehnten wir bereits[123] die übertriebene Einschätzung des Berufsgeheimnisses seitens eines größeren Teils der Schriftsteller ab. Die starre Durchführung des Schweigegebotes ohne Rücksicht auf die zahlreichen Fälle des täglichen

[122] S. 7—10.
[123] S. 38.

Lebens, in denen das öffentliche Interesse eine Offenbarung geradezu dringend erheischt, würde dem Strafrecht auch in der Zukunft den Vorwurf der Lebensfremdheit mit Recht zuziehen. Zum Nachweis der Offenbarungsbefugnis im Einzelfall wird sich der § 679 BGB. als besonders wertvoll erweisen, namentlich wenn man auch die sittliche Pflicht, soweit deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, berücksichtigt. Insofern erscheint uns die jetzige Fassung des § 300 als zweckentsprechend; die vielfach geforderte Anfügung eines besonderen die Offenbarungsbefugnis für gewisse Fälle vorsehenden Zusatzes ist deshalb überflüssig. — Unsere Ansicht bezieht sich natürlich auf die Gestaltung des § 300 im Rahmen unseres heutigen Strafgesetzbuches. Bei der bevorstehenden Revision desselben würde die Tragweite des § 300 durch eine Änderung der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und eine etwaige Erweiterung der gesetzlichen Anzeigepflichten schon zum Teil bestimmt. Vorschläge für die Formulierung des § 300 im Strafgesetzbuch der Zukunft auf dem Boden des aufgestellten Prinzips sind also erst nach Vollendung des Gesamtentwurfes am Platze.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.